الملك المشاع

في الفقه الإسلامي

المِلكُ المُشاع

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة

إعداد وتأليف

د. حسين سمره

المجلد الثاني

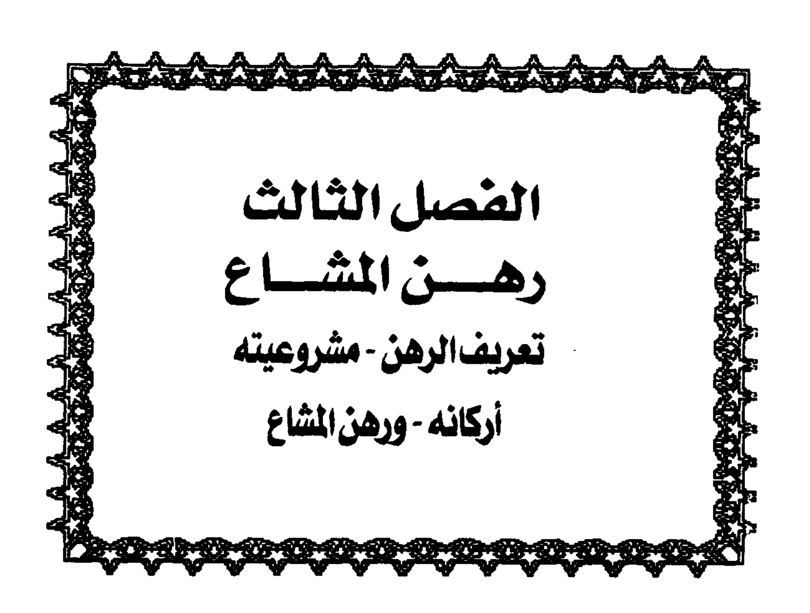
الناشر

مكتبة نزار مصطفى الباز

الطبعة الأولى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

مكتبة
نزار مصطفى الباز
المملكة العربية السعودية
مكة المكرمة: الشامية - المكتبة ت ٥٧٤٩٠٢٢/٥٧٤٥٠٤٤
المستودع: ٥٣١٨٠٢١ ص.ب: ٣٠١٩
الرياض: شارع السويدي العام المتقاطع مع شارع
كعب بن زهير - خلف أسواق الراجحي ص.ب: ٦٦٩٣٠
المكتبة: ٤٢٤٠٣٥٣ المستودع: ٤٢١٩١١ الرمز البريدي ١١٥٨٦


بسم الله الرحمن الرحيم



الفصل الثالث
رهـــن المشـــاع

تعريف الرهن - مشروعيته
أركانه - ورهن المشاع

تعريف الرهن

لغة : الثبوت والدوام ، يقال : ماء راهن أى راكد ، ونعمة راهنة أى ثابتة، وقيل : هو من الحبس واللزوم ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾[1]، وقال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[2] ، أى محبوسة[3] والمعنى، ذو صلة بالمعنى اللغوى ، وقد يطلق الرهن لغة على الشىء المرهون : وهو ما جعل وثيقة للدين من باب تسمية المفعول بالمصدر .

وشرعاً : عرفه الحنفية بأنه : هو حبس شىء بحق يمكن استيفاؤه منه ، أى جعل عين لها قيمة مالية فى نظر الشرع وثيقة بدين ، بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين ، أو هو عقد وثيقة بمال ، لا بذمة شخص ، فامتاز عن الكفالة ؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل لا بمال يقبضه الدائن، ومعنى وثيقة أى متوثق بها ، فقد توثق الدين وصار مضموناً محكماً بالعين المرهونة ، وكون الوثيقة ذات قيمة مالية ؛ لإخراج العين النجسة والمتنجسة بنجاسة لا يمكن إزالتها فإنها لا يجوز أن تكون وثيقة للدين[4] .

---

(١) سورة الطور من آية (٢١) .

(٢) سورة المدثر آية (٣٨) .

(٣) لسان العرب لابن منظور : (٣ / ١٧٥٧) مادة (الراء والهاء والنون) والتعريفات للجرجانى : ص (١٠٠) ، والمصباح المنير للفيومى : ص ٣٧١ مادة (الراء والهاء والنون) القاموس المحيط للفيروزآبادى : باب النون فصل الراء والهاء والنظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للركبى : (١ / ٣٠٥) .

(٤) انظر حاشية أبى السعود على شرح الكنز لمحمد منلا مسكين : (٣ / ٤٣٣) ، والمبسوط للسرخسى : (٢١ / ٦٣) ، وحاشية ابن عابدين والدر المختار : (٥ / ٣١٧) ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : (٥ / ١٨٠) .

وعرف المالكية الرهن بأنه : شيء متمول أخذ توثقاً به فى دين لازم ، أو صائر إلى اللزوم ، أى أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عيناً : كالعقار والحيوان والعروض ، أو منفعة على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل ، وعلى أن تحسب من الدين ، ولابد أن تكون الدين لازماً كثمن مبيع ، أو بدل قرض ، أو قيمة متلف . أو صائر إلى اللزوم : كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفاً من ادعاء ضياع فيكون الرهن فى القيمة على ما يلزم[١] .

وعرفه الشافعية بأنه : جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه[٢] .

وعرفه الحنابلة بأنه : المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[٣] ، وقال البهوتى : هو توثقة دين بعين ، أى جعل عين مالية وثيقة بدين يمكن أخذه ، أى الدين أو أخذ بعضه منها ، أى من العين إذا كانت من جنس الدين . أو يمكن أخذه ، أو بعضه من ثمنها ، أى

---

(١) انظر الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ١٢١) ، والبهجة فى شرح التحفة للتسولى : (١ / ١٦٦) ، ومواهب الجليل للحطاب : (٥ / ٢) ، وبلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى على الشرح الصغير : (٢ / ١٠٨) .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١) ، وتكملة المجموع : (١٢ / ٢٩٩ - ٣٠٠)، وأسنى المطالب شرح روض الطالب ، لأبى يحيى زكريا الأنصارى الشافعى : (٢ / ١٤٤) ، وحاشية البجيرمى على الخطيب المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب : (٣ / ٥٧) .

(٣) انظر منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٣٥١) ، والمغنى لابن قدامة : (٤ / ٣٦٦).

ثمن العين إن لم تكن من جنس الدين ، إن تعذر الوفاء من غيرها ، أى من غير العين[١].

وكل التعريفات تدور على أن الرهن حبس مال ، وإمساكه فى مقابل حق مالى (دين) يمكن استيفاؤه منه ، وكون المرهون به حقاً مالياً ؛ ليخرج حق القصاص والشفعة إذ لا يصح الرهن بهما ؛ لأنه لا يمكن استيفاؤهما من المرهون .

أما الرهن فى القانون المدنى فقسمان : رهن رسمى ، ورهن حيازى :

وعرفت المادة : (١٠٣٠) من التقنين المدنى الرهن الرسمى بالآتى :

« الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استفياء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون »[٢] .

قال الدكتور نعمان جمعة : يتضح من التعريف السابق أن الرهن الرسمى يتميز بالخصائص الآتية :

أولا : أنه حق اتفاقى ، أى أنه لا ينشأ إلا بمقتضى عقد يرتضيه الطرفان .

ثانياً : أنه حق عينى ؛ إذ هو يوفر لصاحبه ميزتى تتبع العقار فى أى يد يكون، والأفضلية على الدائنين العاديين ، وكذلك الدائنين الممتازين التالين له فى المرتبة .

ثالثاً : أنه حق تبعى ؛ لأنه لا يتمتع بوجود ذاتى ، وإنما ينشأ لضمان حق شخصى .

---

(١) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ٣٢٠ - ٣٢١) .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥١ .

رابعاً : أنه حق عقارى ؛ لأنه لا يقوم إلى على عقار ، وذلك فيما عدا بعض المنقولات التى يخضعها القانون لنظام الشهر ، مثل السفينة والمحل التجارى.

خامساً : أنه حق غير قابل للتجزئة ، لا من ناحية العقار المرهون ، ولا من ناحية الدين المضمون[1] .

والرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ، وبذلك نصت المادة (١٠٣٥ / ١) من التقنين المدنى على الآتى : « لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

قال الدكتور نعمان جمعة : « إنه لا يجوز أن يقع الرهن الرسمى على منقول ؛ وذلك لأن هذا الرهن لا يعتمد على حيازة المال المرهون ، وإنما يعتمد على قيود تتم فى مصلحة الشهر العقارى ، وحتى تتحقق جدية الضمان ، فلابد من التأكيد من إمكان الامتثال بالمال المرهون ، والتنفيذ عليه عند الاقتضاء، وهذا غير ممكن بالنسبة للمنقولات ؛ لأنها متشابهة ويمكن نقلها بسهولة وبسرعة »[2] .

وأيضاً « الحكمة من قصر الرهن الرسمى على العقار بحسب الأصل هى التوفيق بين القاعدة المقررة : وهى أن الرهن الرسمى لا يترتب عليه نقل حيازة الشىء المرهون إلى المرتهن ، بل تبقى الحيازة للراهن ،وبين ما يجب تحقيقه من شهر الرهن حماية لصالح الغير ، فنظراً إلى أن الراهن يستبقى حيازة الشىء المرهون فلا يتيسر الشهر إلا بالقيد فى سجلات تعد لذلك ، على أن يتضمن القيد البيانات التى تمكن الغير من التعريف على الشىء المرهون ، وهو مالا

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان محمد خليل جمعة : ص ٩ ، ١٠ .

(٢) انظر السابق : ص ١٦ .

يتيسر بالنسبة للمنقولات التى لا تستقر فى مكان معين »[١] .

هذا هو الرهن الرسمى فى القانون ، ولم يتكلم الفقهاء عن هذا الرهن ؛ لأنهم اتفقوا فى الجملة على أن القبض شرط فى الرهن ، لقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[٢] واختلفوا فى تحديد نوع الشرط ، وبناء على اشتراط القبض، لو تعاقد الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن فى يد الراهن لم يصح الرهن[٣] .

أما الرهن الحيازى : فقد نصت (١٠٩٦ مدنى) على الآتى : « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ضماناً بالدين عليه ، أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون » .

ونصت المادة (١٠٩٧ مدنى) على الآتى : « لا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول وعقار » .

« فالرهن الحيازى هو تخصيص لمال مملوك للراهن ؛ وذلك لضمان الوفاء بدين معين ولا يشترط فى المال أن يكون عقاراً ، فالرهن الحيازى قد يكون عبارة عن تخصيص لعقار أو لمنقول ؛ لضمان الوفاء بحق شخصى ، والتخصيص هنا لا يتم بمجرد تعيين الشيء تعييناً دقيقاً فى مستندات الرهن وإجراءاته ، وإنما بطريقة أكثر فاعلية : وهى تسليم الشيء نفسه إلى المرتهن

---

(١) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٢٤

(٢) سورة البقرة من آية (٢٨٣) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٧) ، والفقه الإسلامى وأدلته (٥ / ٧ ١)

وهذه هى الخصيصة الأساسية التى تميز الرهن الحيازى الـذى يعتمد على وضع يد المرتهن على الشىء المرهون عن الرهن الرسمى » .

« فأهم مـا يميز الرهن الحـيازى على الرهـن الرسمى ، سواء كـان المرهون عقاراً أو منقولاً أنه يوضع الشىء المرهون فى الرهن الحيازى تحت يد المرتهن ، أما فى الرسمى ، فـلا يوضع الشىء المرهون تحت يد المرتهن ، ولـكن يكتفى بتسجيله ولم يحزه المرتهن .

« والرهن الحيازى هو عقـد رضائى لا يشترط لقيامه توفر الرسـمية ، بينما الرهن الرسمى يجب إفراغه فى الشكل الرسمى » .

« والرهن الحيازى يمكن أن يقع على المنقـول ، والعقار دون تفرقة بينهما ، بينما يقتصر الرهن الرسمى على العقار فقط ، واستثنى المشرع بعض المنقولات التى كفل لها نظاماً للشهر : مثل السفن والمحل التجارى » .

« أيضا يـعطى القانون لـلمرتهن حيـازياً مزايا عينـية منها : حبـس الشىء المرهون لحين حصوله على حقه بينما فى الرهن الرسمى لا يحبس المرهون »[1].

مما سبق يتضح أن الـرهن الحيازى فى القانون يتفق مع ما قـاله الفقهاء من اشتراط قبض الرهـن ، والغرض من القبض هو : تأمين الدائـن المرتهن وإلقاء الثقة والطمأنينـة لديه بتمكينه من حبس المرهون تحت يده ، حـتى يستوفى منه دينه ، ولذلك يصح أن يـقوم مقام القبض ما أحدثه القانـون المدنى فى الرهن الرسمى فى العقار من تأمين الدائن بوضـع إشارة الرهن فى صحيفة العقار فى دائرة التسجيل العقارى فهو محقق لحفظ المرهون ، وبقائه ضماناً للدائن وتأميناً

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٤٧ .

لمصلحته . فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً ، بالإضافة لمشروعية الرهن الحيازى المتفق عليه بين الفقهاء[1] .

ولهذا يمكن ألا يكون هناك خلاف بين القانون والفقه ، لا فى الرهن الرسمى ولا فى الرهن الحيازى من حيث القبض .

مشروعية الرهن :

ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وإن كُنتُمْ علىٰ سفرٍ ولَمْ تَجدُوا كَاتبًا فرِهانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2].

والرهن باتفاق الفقهاء جائز فى الحضر والسفر خلافاً لمجاهد والظاهرية[3] .

وأما السنة فروى عن أنس - رضى الله عنه - قال : « رهن رسول الله ﷺ درعاً عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله »[4] .

وقيل : أنه افتكه قبل موته لخبر . « نفس المؤمن معلقة بدينه »[5] أى

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته (٥ / ٢٠٩ - ٢١٠) .

(٢) سورة البقرة من آية (٢٨٣)

(٣) المحلى لابن حزم (٨ / ٨٧) ، أحكام القرآن لابن العربى (١ / ٢٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٣ / ٢٦٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٢ / ٢٥٨) ، زاد المسير لابن الجوزى (١ / ٣٤١) ، مفاتيح الغيب للرازى (٧ / ١٣١) معالم التنزيل للبغوى (١ / ٣٥٢) ، محاسن التأويل للقاسمى (٣ / ٧٢٤) .

(٤) سنن ابن ماجه (٢ / ٨١٥) ، كتاب الرهون باب حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة ، ورواه البخارى بلفظ « اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعاً من حديد » كتاب الرهن باب من رهن درعه

(٥) سنن الترمذى (٣ / ٣٨٩) ، كتاب الجنائز باب (٧٧) وابن ماجه ==

محبوسة فى القبر غير منبسطة مع الأرواح فى عالم البرزخ ، وفى الآخرة معوقة عن دخول الجنة ، حتى يقضى عنه ، وهو ﷺ منزه عن ذلك ، والأصح أنه لم يفتكه، لقول ابن عباس : « توفى النبى ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودى»[1].

والخبر محمول على غير الأنبياء تنزيها لهم ، أو على من يخلف وفاء وقصر ، أما من مات ، ولم يقصر بأن مات وهو معسر ، وفى عزمه الوفاء فلا تحبس نفسه ، فإن قيل : هلا اقترض رسول الله ﷺ من المسلمين ؟ أجيب أنه فعل ذلك ﷺ بياناً لجواز معاملة أهل الكتاب ، وقيل : لأنه لم يكن عند أحد من مياسير أهل المدينة من المسلمين طعام فاضل عن حاجته[2] .

وأما الإجماع : فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة[3] .

وقد نظم القانون المدنى الرهن الرسمى فى المواد من (١٠٣٠ إلى ١٠٨٤)، والرهن الحيازى فى المواد من (١٠٩٦ إلى ١١٢٩) .

أركان الرهن:

للرهن عناصر أربعة هى : الراهن وهو معطى الرهن ، والمرتهن هو آخذه ، والمرهون أو الرهن هو ما أعطى من المال وثيقة لدين ، والمرهون به هو الدين .

وركن الرهن عند الحنفية هو الإيجاب من الراهن والقبول من المرتهن ،

= كتاب الصدقات باب التشديد فى الدين .

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٦ / ١١٦) باب الجهاد والسير باب ما قيل فى درع النبى ﷺ .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١) .

(٣) انظر حاشية أبى السعود (٣ / ٤٣٣) ، مواهب الجليل للحطاب : (٥ / ٢) . مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١) ، المغنى لابن قدامة (٤ / ٣٦٦ - ٣٦٧)

وعند الجمهور أركان الرهن هى العاقدان (الراهن والمرتهن) ، والصيغة، والمرهون ، والمرهون به[١] .

شروط العاقدين:

ما يشترط فى عاقدى الرهن : هو أهلية البيع عند الحنفية والمالكية ، فكل من يصح بيعه يصح رهنه ؛ لأن الرهن تصرف مالي كالبيع فوجب أن يراعى فى عاقديه ما يراعى فى البيع ، فيشترط العقل والتمييز .

قال الحنفية : لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبى الذى لا يعقل، وأما البلوغ فليس بشرط ، وكذا الحرية ، حتى يجوز من الصبى المأذون ، والعبد المأذون ؛ لأن ذلك من توابع التجارة ، فيملكه من يملك التجارة ؛ ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه ، وهما يملكان ذلك ، ويصح رهن الصبى المميز ، والسفيه موقوفاً على إجازة وليهما[٢] .

وقال المالكية : يصح الرهن ممن توفرت فيه أهلية البيع صحة وهو المميز ولزوماً وهو المكلف الرشيد ، فمن يصح بيعه يصح رهنه ، ومن لا يصح رهنه، فلا يصح من مجنون ، ولا من صبى لا تمييز له ، ويصح من المميز والسفيه والعبد ويتوقف على إجازة وليهم[٣] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١) ، الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣١) ، كشاف القناع : (٣ / ٣٢٢) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٥) ، اللباب شرح الكتاب : (٢ / ٤) .

(٣) انظر حاشية الدسوقى (٣ / ٢٣١) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل (٣ / ٢٣٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى لابن عبد البر ص ٤١ ، بداية المجتهد (٢ / ٦ ٠ ٤) .

والأهلية عند الشافعية والحنابلة : هى أهلية البيع والتبرع ، فيصح الرهن ممن يصح بيعه وتبرعه .

قال الشافعية : وشرط العاقد من راهن ومرتهن : كونه مطلق التصرف ، بأن يكون من أهل التبرع مختاراً كما فى البيع ، فلا يرهن الولى أبا كان أو غيره مال الصبى ، والمجنون ولا يرتهن لهما إلا لضرورة ظاهرة فيجوز له الرهن والارتهان لهما دون غيرهما ؛ والسفيه كالصبى ، والمجنون فيما ذكر[١] .

وقال الحنابلة : ويصح الرهن ممن يصح بيعه وتبرعه ؛ لأن الرهن تبرع غير واجب ، فلا يصح الرهن من سفيه ومفلس ؛ لأنه لا يصح بيعهما ، ولا من مكاتب وعبد ، ولو مأذوناً لهم فى تجارة ؛ لأنه لا يصح تبرعهم كالمميز[٢] .

أما فى القانون :

فكما سبق أن الرهن ينقسم إلى رسمى وحيازى ، والرهن الرسمى عقد ملزم لجانب واحد ، فهو يلزم الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم بشىء بمقتضى الرهن ، ولهذا تختلف الأهية اللازمة لكل من طرفى العقد بالنسبة للرهن الرسمى ، ولم يعرض المشرع لأهلية الدائن المرتهن[٣] .

يرى أغلب فقهاء القانون أن الرهن بالنسبة للمرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ؛ لأنه لا يلزمه بشىء ، ولهذا يعتبر العقد صحيحاً غير قابل

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٢٢) ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب (١ / ٢٧٤) ، روضة الطالبين . (٤ / ٦٢) .

(٢) انظر كشاف القناع : (٣ / ٣٢٢) ، منار السبيل : (١ / ٣٥١) .

(٣) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى : ص ٢٠ - ٢١ ، الوسيط للدكتور السنهورى : (١٠ / ٢٩٠ - ٢٩١) .

للإبطال إذا عقده الصبى المميز ، أو من فى حكمه من المحجور عليهم كالسفيه وذى الغفلة ، ويرى البعض أن الرهن الرسمى بالنسبة للمرتهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتشترط فى المرتهن أهلية كاملة ، فإذا ارتهن الصبى المميز أو من فى حكمه كان العقد قابلاً للإبطال[1] ، ونحن نميل إلى الرأى الأول؛ لأن الرهن بالنسبة للمرتهن من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً .

أما بالنسبة للراهن فقد عرض المشرع لأهليته فى المادة (١٠٣٢ / ٢ مدنى) من أنه يشترط فى الراهن أن يكون أهلاً للتصرف فى العقار المرهون .

فالأهلية المطلوبة فى الراهن للرهن الرسمى هى أهلية التصرف ، فيلزم لصحة هذا العقد أن يكون الراهن بالغاً سن الرشد ، مع عدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية ، أما عن حكم تصرف من لم يبلغ سن الرشد فالصبى غير المميز إن رهن ماله فلاشك فى أن تصرفه باطل بطلاناً مطلقاً ، وعقد الرهن الرسمى يعتبر من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ، وعلى ذلك يعتبر الرهن الصادر من الصبى المميز أو من فى حكمه إذا كان هو المدين قابلاً للإبطال [2] .

وكأن القانون اعتبر الرهن من العقود الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للراهن فاشترط فيه أهلية البيع كما اشترطها الحنفية والمالكية ، فاعتبروا رهن الصبى المميز موقوفاً على إجازة وليه ، وأما الشافعية والحنابلة فاعتبروا عقد الرهن من عقود التبرعات ، وهى الضارة ضرراً محضاً بالنسبة للصبى المميز

---

(١) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى ص ٢ - ٢١ . الوسيط للدكتور السنهورى (١ / ٢٩ - ٢٩١)

(٢) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ص ١٢ . والوسيط (١ / ٢٩١ ٢٩٢)

ومن فى حكمه فأبطلوا عقده .

ولم يعرض المشرع للأهلية اللازمة لطرفى العقد فى الرهن الحيازى ، ويرى فقهاء القانون أن الرهن الحيازى ملزم للجانبين ، وهو بالنسبة للراهن والمرتهن تصرف يدور بين النفع والضرر ، فإذا كان المرتهن صبياً مميزاً كان عقده قابلاً للإبطال ، فهم لا يعتبرون الرهن هنا نافعاً نفعاً محضاً بالنسبة لمرتين ، وأما الراهن حيازة فأهليته كأهلية الراهن فى الرهن الرسمى[1] ، ولكن عقد الرهن فى الفقه الإسلامى ملزم لطرف واحد ، وهو الراهن وغير لازم بالنسبة للمرتهن؛ لأن الرهن لمصلحته الشخصية توثيقاً لحقه فله التخلى عن توثيق دينه متى شاء[2].

صيغة الرهن:

إن صيغة الرهن : هى الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشىء بما لك على من الدين ، أو يقول هذا الشىء رهن بدينك ، وما يجرى هذا المجرى ، ويقول المرتهن ارتهنت ، أو قبلت ، أو رضيت ، وما يجرى مجراه ، فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدراهم ، ودفع إلى البائع ثوباً وقال له : أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن ، فالثوب رهن ؛ لأنه أتى بمعنى العقد ، والعبرة فى باب العقود للمعانى ؛ ولا يلزم إلا بالتسليم والقبض؛ لأنه من العقود العينية ؛ ولأنه من عقود التبرعات .

ومن شروط الصيغة فى الرهن عند الحنفية : ألا يكون معلقاً بشرط ، ولا

(١) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى : ص ١٩٤ ، والوسيط : (١٠ / ٧٩٢ - ٧٩٣) .

(٢) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٥٧٨) .

مضافاً إلى وقت مستقبل ؛ لأن فى الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبه البيع ، وأنه لا يحتمل التعليق بشرط الإضافة إلى وقت .

وإذا اقترن الرهن بالشرط الفاسد أو الباطل صح الرهن وبطل الشرط ؛ لأن الرهن ليس من عقود المعاوضات المالية ، والرهن لا يبطل بالشرط الفاسدة ؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة ، إذا لا يستوجب الراهن على المرتهن شيئاً بتملكه حبس الرهن عنده ، وقيل يبطل الرهن بالشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة هذا عند الحنفية والأول أصح فى تقديرى ؛ لأن الرهن ليس من عقود المعاوضات(١) .

وأيضاً فى باقى المذاهب تكون صيغة الرهن بالإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، وينعقد عند المالكية بالإيجاب والقبول ، وأما القبض فهو شرط تمام، فإذا عقد الرهن بالقول لزم ، وأجبر الراهن على إقباضه للمرتهن فى المطالبة به ، ولكن عند غير المالكية ، إذا تم الإيجاب والقبول فلا يلزم الرهن من جهة الراهن إلا بالقبض ؛ لأنه عقد تبرع فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة ، وفى المكيل والموزون يلزم بمجرد العقد عند الحنابلة(٢) .

والشرط المشروط فى الرهن عند غير الحنفية إما صحيح أو فاسد ، والفاسد

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٣٩ - ١٤) ، اللباب شرح الكتاب : (٢ / ٤ ، ٥) ، حاشية ابن عابدين : (٥ / ٣١٧ - ٣١٨) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ٣٧ - ٣٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩) .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٢٣٩ - ٢٤٠) ، بداية المجتهد : (٢ / ٤١) ، أسهل المدارك : (٢ / ٣٦٨) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١ - ١٢٢)، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : (١ / ٢٧٤) ، روضة الطالبين : (٤ / ٥٧)، المبدع فى شرح المقنع والمقنع . (٤ / ٢٣٥) ، كشاف القناع (٣ / ٣٢١ ٣٢٢) ، المغنى (٤ / ٤٢٨ - ٤٢٩) ، منار السبيل (٢ / ٣٣٣ - ٣٣٤)

إما مفسد للعقد ، وإما لاغ باطل وحده ، والعقد صحيح .

والشرط عند الحنابلة والمالكية نوعان : شرط صحيح ، وشرط فاسد فالشرط الصحيح : هو مالا يتنافى مع مقتضى العقد ، ولا يؤول إلى حرام، أما ما يتنافى مع مقتضى العقد فهو شرط فاسد ، مبطل للرهن ، كأن يشترط فى الرهن أن يكون تحت يد الراهن لا يقبضه المرتهن ، أو ألا يباع المرهون فى الدين إلا بما يرضى به الراهن من الثمن ، وعند الحنابلة وجهان فى الرهن الفاسد : مفسد وغير مفسد . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص : فهو أن يرهن الرجل رهناً على أنه إن جاء بحقه عند أجله ، وإلا فالرهن له ، فاتفقوا على أن هذا الشريط يوجب الفسخ؛ لقوله ﷺ: « لا يغلق الرهن »[1] .

والشروط عند الشافعية ثلاثة أنواع :[2]

الشرط الصحيح : وهو أن يشترط فى الرهن ما يقتضيه كتقدم وفاء المرتهن عند تزاحم الغرماء ليستوفى منه دينه ، أو أن يشترط ما فيه مصلحة العقد كالإشهاد به فيصح العقد والشرط .

الشرط الباطل أو اللغو : وهو أن يشترط فيه ما لا مصلحة فيه ولا غرض ، كأن يأكل العبد المرهون كذا ، أو ألا يأكل الحيوان المرهون كذا ، فيصح العقد ويلغى الشرط .

---

(١) الموطأ للإمام مالك : (٢ / ٧٢٨) ، كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، سنن ابن ماجه : (٢ / ٨١٦) ، كتاب الرهون باب لا يغلق الرهن وانظر مراجع المالكية والحنابلة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج : (٢ / ١٢١ - ١٢٢) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع (١ / ٢٧٤) ، روضة الطالبين : (٤ / ٥٧) .

الشرط المفسد للعقد وهو أن يشترط ما يضر المرتهن ، وإن لم ينتفع به الراهن ، كشرط ألا يبيعه إلا بعد شهر بعد حلول أجل وفاء الدين أو بأكثر من ثمن المثل ، أو ألا يبيعه عند المحل ، أو يكون مضموناً ، أو لا يقدم به ، بطل الرهن ؛ لإخلال الشرط بالغرض منه ، وإن نفع الشرط ، المرتهن وضر الراهن: كشرط زوائد المرهون أو منفعته للمرتهن ، بطل الشرط والعقد فى الأظهر ؛ لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذى يضر المرتهن .

أما القبض فى الرهن فهو شرط ولكن هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟

اتفق الفقهاء فى الجملة على أن القبض شرط فى الرهن ؛ لقوله تعالى . ﴿فرِهانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1] ، ولكن ذهب الجمهور غير المالكية إلى أن القبض من شروط الصحة ، وعمدتهم الآية السابقة ، فما لم يقع القبض لم يلزم الراهن بالرهن ، وله أن يرجع عن الرهن ، وذهب المالكية إلى أن القبض من شروط التمام ، فإذا عقد الرهن بالقول لزم ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراضى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فإن فعل ، أو رضى بتركه فى يد الراهن بطل الرهن .

وعمدة المالكية قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول فيلزم بمجرد العقد قبل القبض[2] .

---

(١) سورة البقرة من آية : (٢٨٣) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٢٧) ، اللباب شرح الكتاب . (٢ / ٤) ، فتح القدير (١ / ١٣٦ - ١٣٧) ، بداية المجتهد (٢ / ٤٠٩) ، أسهل المدارك (٢ / ٣٦٨) ، القوانين الفقهية . ص ٢٧٧ ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٢٨) ، كشاف القناع (٣ / ٣٣١) .

ماهية القبض : وأما تفسير القبض ، فالقبض عبارة عن التخلى ، وهو التمكن من إثبات اليد ، وذلك بارتفاع الموانع ، وأنه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن ، فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً ، وقبض العقار يكون بالتلسيم الفعلى ، أو بالتخلية أى رفع المانع من القبض ، أو إمكان إثبات اليد بارتفاع الموانع ، فيخلى بين المرتهن والمرهون ويمكن من إثبات يده عليه .

أما قبض المنقول : ففى ظاهر الرواية يكتفى فيه بالتخلية . فإذا حصلت صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً ؛ لأن التخلية تعتبر اقباضاً فى العرف والشرع ، أما العرف فإن القبض يرد على مالا يحمل النقل والتحويل من الدار والعقار ، يقال هذه الأرض ، أو هذه القرية ، أو هذه الولاية فى يد فلان ، فلا يفهم منه إلا التخلى وهو التمكن من التصرف .

وأما الشرع : فإن التخلى فى باب البيع قبض بالإجماع من غير نقل وتحويل، دل على أن التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به .

وقال أبو يوسف : لا يكتفى بالتخلية فى المنقول وإنما يشترط معه النقل والتحويل ، فما لم يوجد لا يصير قابضاً ، ومطلق القبض ينصرف إلى الحقيقى ، ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل أما التخلى وقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به[1] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٤١) ، فتح القدير : (١٠ / ١٤٠) ، حاشية ابن عابدين : (٥ / ٣١٨) .

وقال الشافعية المراد بالقبض المعهود فى البيع[١]

وقال الحنابلة وصفة قبض الرهن كصفة قبض المبيع ، فإن كان الرهن منقولاً فقبضه نقله كالحلى ، أو بتناوله إن كان يتناول كالدراهم ، وإن كان الرهن مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً فيكون قبضه بكيله ووزنه وذرعه وعده .

وإن كان الرهن عقاراً فقبضه يكون بالتخليه بينه وبين مرتهنه من غير حائل؛ لأنه المتعارف فى ذلك كله[٢] ، وهم يتفقون مع رأى أبى يوسف .

أما الصيغة فى القانون : فبما أن الرهن فى القانون نوعان رسمى ، وحيازى، وبما أن الأصل فى العقود بوجه عام هو الرضا حيث ينعقد العقد بمجرد أن يتناول الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين بإيجاب وقبول إلا أن عقد الرهن الرسمى يعتبر من العقود الشكلية ، والشكلية المطلوبة هى الرسمية[٣]،وقد نصت على ذلك المادة (١٠٣١) من التقنين المدنى على الآتى:

« لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية »[٤] .

والمقصود بالورقة الرسمية التى يتطلبها المشرع الورقة التى يحررها موظف مختص بتحرير العقود ، فلا يكفى أن ينعقد الرهن بحكم أو فى محضر صلح؛ لأن مثل هذه الأوراق رغم أنها أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظفون غير مختصين بتحرير العقود[٥] .

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٢٨) .
(٢) انظر كشاف القناع (٣ / ٣٣١) .
(٣) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٦٣ .
(٤) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص ٢٥١
(٥) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٦٤

وهناك اتجاه آخر من فقهاء القانون يرون أن الرسمية لا تشترط إلا فى رضاء الراهن أما الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية فى رضائه ويجوز أن يكون هذا الرضاء ضمنياً [١] .

قال الدكتور السنهورى : « والظاهر من نصوص القانون أن الرسمية ضرورية فى كل من رضاء الراهن ورضاء الدائن المرتهن ، فلا يكفى أن يكون رضاء الراهن وحده رسمياً ، إذا لم يكن رضاء الدائن المرتهن رسمياً أيضاً ؛ لأن الرسمية قد تقررت لا لمصلحة الراهن وحده ، بل أيضاً لمصلحة الدائن المرتهن، فوجب القول إن رضاء الدائن المرتهن يجب أيضاً أن يكون رسمياً كرضاء الراهن »[٢] .

والرسمية تقررت لصالح الراهن والمرتهن ، أما أنها تقررت لصالح الراهن ، فذلك ؛ لأن الراهن يحتفظ ، بملكية العقار المرهون ، وبحيازته ، وهذا يغريه على أن يعتقد أنه سيتخلص من الرهن . ولكن قد يطول الأمر به دون أن يتخلص من الرهن ، وفى بعض الأحيان يقع فريسة ، وتنزع منه ملكية العقار المرهون ؛ ليستوفى الدائن دينه ؛ لذلك كان من الواجب أن يكون عقد الرهن عقداً رسمياً ، حتى يتمكن الراهن من إدراك خطورة ما يقدم عليه من الأمر ، فلا يقدم عليه إلا بعد احتياط وتدبر[٣] .

وأما الرسمية فقد تقررت لمصلحة الدائن المرتهن فذلك يظهر من أن الدائن

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (١٠ / ٢٨٢) .

(٢) انظر السابق : (١٠ / ٢٨٠ - ٢٨١) ، التأمينات العينية للدكتور منصور : ص٦٤ - ٦٥ .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (١٠ - ٢٨٠ - ٢٨١) .

المرتهن يجد نفسه فى حاجة إلى التثبت من أصل ملكية الراهن ، ومن أهلية التعاقد ، فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله فى أمن من ذلك ؛ إذ يكون إلى جانبه موظف رسمى يجمع له شتات الأمور ، ويعينه على تدبر أمره ، هذا إلى أن الرسمية من شأنها أن تضع فى يد الدائن المرتهن سنداً قابلاً للتنفيذ ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين[١] . إذن لابد من الرسمية فى الرهن الرسمى[٢].

أما الرهن الحيازى : فهو عقد رضائى ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازى دون حاجة إلى رسمية كما فى الرهن الرسمى .

ولنفاذ الرهن الحيازى لابد من انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يحوز الشىء نيابة عن المرتهن ، وعلى الراهن أن يقوم بتسليم الشىء المرهون إلى الدائن ، أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه ، وهذا ما قضت به المادتان (١٠٩٦ - ١٠٩٩ / ١من القانون المدنى) هذا بالنسبة للمنقول . أما بالنسبة للرهن الحيازى للعقار ، فلابد من توافر أمرين لنفاذ الرهن الحيازى للعقار وهما : انتقال الحيازة ، وقيد الرهن ، وهذا ما قضت به المادة (١١١٤ مدنى) .

وقد رأينا عند جمهور الفقهاء أن القبض من شروط الصحة ، وعند المالكية من شروط التمام ، لكنه عند فقهاء القانون موقوف؛حتى يتم التسليم والقيد .

---

(١) انظر السابق : (١ / ٢٨١) .

(٢) انظر الوسيط (١ / ٧٥١) ، التأمينات العينية للدكتور مصطفى ص ١٩٣ ، الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ص ١٥٤

شروط المال المرهون:

المرهون : مال حبس لدى المرتهن ؛ لاستيفاء الحق الذى رهن به ، فإذا كان المرهون من جنس الحق أخذ الحق منه ، وإن كان من غير جنسه بيع ، واستوفى الحق من ثمنه ، إن أدى البيع إلى الاستيفاء كأن يكون الدين نقوداً والمرهون من الأموال القيمية ، وإلا كان الوفاء من طريق المعاوضة ، كأن يكون الدين حنطة، والرهن نقودا أو مالاً مثلياً من غير النقود [١].

ولذلك اتفق الفقهاء على أنه يشترط فى المرهون ما يشترط فى المبيع حتى يمكن بيعه لاستيفاء الدين منه .

وشروط المرهون عند الحنفية : أن يكون المرهون مالاً موجوداً ، متقوماً مقدور التسليم ، محوزاً لا متفرقاً ، مفرغاً لا مشغولاً بحق الراهن ، متميزاً لا مشاعاً ، ولا متصلاً بغيره ، ونفصل هذه الشروط تباعاً على الوجه الآتى :

أولا : أن يكون الرهن محلاً قابلاً للبيع : وهو أن يكون موجوداً وقت العقد ، مقدور التسليم فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود ، والعدم ، كما لو رهن ما يثمر نخيله العام ، أو ما تلد أغنامه السنة ، أو ما فى بطن هذه الجارية ، أو رهن الطير الطائر ، والحيوان الشارد ونحوه مما لا يتأتى استيفاء الدين منه ولا يمكن بيعه [٢] .

---

(١) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ٣٢١ - ٣٢٢) ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : (٥ / ٢٠١ - ٢٠٢) .

(٢) انظر مرشد الحيران إلي معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا : ص ١٨٦ ، بدائع الصنائع : (٦ / ١٣٥) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ٤٠) ، الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من العلماء من الهند : (٥ / ٤٣٢) .

رهن الثمر ، أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه : هذا الشرط متفق عليه بين أغلب الفقهاء ، فهو رأى الحنفية والشافعية فى الأظهر ، وظاهر الروايات عند المالكية كما حقق الدسوقى ، وفى وجه عند الحنابلة ، فلا يجوز عندهم رهن الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا الزرع الأخضر من غير شرط القطع ؛ لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه[1] .

ولكن عند بعض المالكية والحنابلة فى الأصح عندهم[2] : يستثنى عندهم من قاعدة : « ما لم يصح بيعه لا يصح رهنه » رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، ورهن الزرع الأخضر بلا شرط القلع ، ورهن الشارد والضال من الحيوان ؛ لأن النهى عن البيع ، إنما كان لعدم الأمن من العاهة أو للغرر والخطر ، ولهذا أمر الشرع بوضع الجوائح ، وهذا المعنى مفقود فى الرهن ؛ لأنه إذا تلف المرهون لا يضيع حق المرتهن من الدين ، وإنما يعود الحق إلى ذمة الراهن . وإذا لم يتلف المرهون بأن أدرك الزرع ، وأثمر الثمر ، وعاد الضال ، تحققت منفعة المرتهن ، فيباع متى حل الحق ، ويؤخر البيع متى اختار المرتهن ، وعليه يجوز عند بعض المالكية والحنابلة ارتهان مالا يحل بيعه وقت الارتهان ، ولا يباع إلا إذا بدا صلاحه ، وإن حل أجل الدين ؛ لأنه كما

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٣٥) ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : (٣ / ٢٣٣) ، القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٢٧٧ ، بداية المجتهد : (٢ / ٤٠٧)، طبعة الكليات الأزهرية ، المهذب للشيرازى : (١ / ٣٠٩) ،منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٣٥١) ، المغنى لابن قدامة : (٤ / ٣٨٠) .

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :(٣ / ٢٣٣) ،الفقه الإسلامى وأدلته: (٥ / ٢٠٣) ، بداية المجتهد : (٢ / ٤٠٧) ، القوانين الفقهية : (٢٧٧)، المغنى لابن قدامة : (٤ / ٣٨٠) ، منار السبيل : (١ / ٣٥١) ، الفواكه الدوانى: (٢ / ٢٣١ - ٢٣٢) .

قال ابن عبد البر : « قد يجوز عند مالك فى الرهون من الغرر والمجهول ما لا يجوز فى البيوع ، مثل رهن العبد الآبق والجمل الشارد والجنين فى بطن أمه، والثمرة التى لم يبد صلاحها »[1] .

ورأى المالكية والحنابلة هنا هو الأوجه طالما لا يشترط قطع الثمرة ، ولا قلع الزرع .

أما فى القانون : فيشترط أيضاً أن يكون المال موجوداً وقت الرهن ، فقد نصت المادة (١٠٣٣) من التقنين المدنى على الآتى : « ويقع باطلاً رهن المال المستقبل »[2] .

قال الدكتور نعمان جمعة : « ومعنى ذلك أنه لو رهن شخص ما عسى أن يئول إليه مستقبلاً بالميراث أو بالشراء ، أو رهن بناء يزمع فى إنشائه ، فإن مثل هذا الرهن ، أو ذاك يقع على مال لا وجود له فى حيز الواقع ، ومثل هذا الرهن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ؛ لأن الرهن يعتمد على تخصيص مال معين وموجود، ولا يتسنى تخصيص مال احتمالى ، ولا وجود له إلا فى مخيلة الراهن »[3] .

وعلل الدكتور السنهورى بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً من حيث عدم تعيين العقار تعييناً كافياً ، فيكون بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص ، وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل[4] . وهذا فى الرهن الرسمى .

---

(١) انظر الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى لابن عبد البر : ص ٤١٠ .
(٢) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥١ .
(٣) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة . ص ١٨ .
(٤) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (١ / ٣٠٨) .

واشترط أيضاً هذا الشرط فى الرهن الحيازى ، فقد قال الدكتور منصور مصطفى فى شروط الرهن الحيازى « يجب أن يكون الشيء المرهون موجودا ، فيبطل رهن الأشياء المستقبلية ، وأيا كان الشيء الذى يراد رهنه ، فيجب أن يكون موجودا وقت إبرام العقد ، فرهن الأشياء المستقبلية باطل بطلاناً مطلقا ، وذلك أن المادة (١٠٩٨مدنى) تنص على : « أنه تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ . . . . » وهذه المادة وردت بخصوص الرهن الرسمى تنص على أنه « يقع باطلا رهن المال المستقبل ..، والمال المستقبل هو المال غير الموجود »[1] .

ومما سبق نرى اتفاقا بين القانون والفقه الإسلامى فى أن يكون المرهون موجودا .

الشرط الثانى من شروط الرهن : أن يكون مالا ، فلا يصح رهن الميتة والدم؛ لانعدام ماليتهما ، ولا رهن صيد الحرم والإحرام ؛لأنه ميتة لا يحل تناوله ، ولا رهن الحر ؛ لأنه ليس بمال أصلا ، ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق ، والمكاتب ؛ لأنهم أحرار [2]

والمدبر : هو الذى قال له سيده : أنت حر بعد موتى .

ولا يجوز رهن المنافع عند الفقهاء : كأن يرهن سكنى داره مدة ؛ لأن المنفعة تتلف ، فلا يحصل بها استيثاق ؛ ولأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، والمنافع تهلك إلى حلول الحق ؛ ولأن المنافع وقت العقد غير موجودة ، ثم إذا وجدت فنيت ، ووجد غيرها فلا يكون لها استقرار ولا ثبوت، فلا يمكن تسليمها ، ولا وضع اليد عليها ، ولا بقاؤها إلى حلول أجل الدين أو وقت الاستيفاء .[3]

---

(١) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص١٩٧

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦/ ١٣٥) تحفة الفقهاء (٣/ ٤) الفتاوى الهندية (٥/ ٤٣٢)

(٣) انظر كشاف القناع (٣/ ٣٢١.٣٢٢) ،المغنى(٤/ ٣٨٥) ،مغنى المحتاج (٢/ ١٢٢)==

لكن امتناع رهن المنفعة عند الشافعية هو فى حالة الابتداء ، فيجوز جعل المنفعة مرهونا بلا إنشاء الرهن ، كما لو مات الشخص عن المنفعة وعليه دين.[(١)]

الشرط الثالث : أن يكون متقوما : أى يباح الانتفاع به شرعا بحيث يمكن استيفاء الدين منه ، فلا يصح رهن الخمر ، والخنزير من المسلم ، سواء كان العاقدان مسلمين أم أحدهما مسلم ؛ لانعدام مالية الخمر ، والخنزير فى حق المسلم ، وهذا ؛ لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه ، ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر ، واستيفاؤه .

إلا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن ؛ لأن الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب فى يد المسلم ، وخمر الذمى مضمون على المسلم بالغصب .

وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد ، وأما فى حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم ؛ لأن ذلك مال متقوم فى حقهم كالخل والشاة عندنا [(٢)].

ويقابل الشرطين السابقين فى الفقه ما ذكره القانون في « أن يكون المال المرهون مما يجوز التعامل فيه وبيعه » ؛ إذ أن الرهن هو تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالتزام معين ومعنى ذلك أن الضمان ينحصر فى إمكان التنفيذ

== حاشية البيجرمى على شرح الخطيب (٣ / ٥٨ - ٥٩) أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى (٢ / ١٤٤).

(١) روضة الطالبين للنووى :(٤ / ٣٨ - ٥٠) الفقة الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى (٥ / ٢٠٣).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٥) تحفة الفقهاء :(٣ / ٤٠) الفتاوى الهندية :(٥ / ٤٣٢) الفواكه الدوانى (٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢).

على المال المرهون وبيعه لاستيفاء الدين ؛لهذا لا يجوز رهن المال الموقوف ، أو العام لعدم إمكـان الحجز عليهما وبيعـهما بالمزاد[١] وهذا ما نصت عـليه المادة (١٣٥ / ٢).

«كذلك لا يجوز رهن مالا يجوز التعامل فـيه ، محافظة على النظام العام والآداب : كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للعهارة » [٢] .

وهذا الشرط ينطبق على الرهن الـرسمى والحيازى ، مع الأخذ فى الاعتبار أن النظام العام والآداب قد يختلفان من مكان إلى مكان آخر ، ومن شعب إلى شعب آخـر ، وأيضا قد يكـون الشيء محرما فـى الشرع ، وليس كـذلك فى القانون ، فيختلف القانون مع الشريعة فى بعض الأشياء (مثل الخمر).

الشرط الرابع : أن يكون المال المرهون معلوما كمـا يشترط فى البيع أن يكون معلوما ، ولذلك لا يصح رهن المجهول ، فكل ما صح بيعه صح رهنه ، وما لا يصح بيعه للجهالة لا يصح رهنه ، والعلم المشترط فى المبيع : هو ما يرتفع به النزاع ، أو ما لا يقع منه نزاع فى العادة [٣].

قال ابن قدامة : « ولا يصح رهن المجهول ؛ لأنه لا يصح بيعه ، فلو قال: رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح ؛ لأنه مجهول ، وإن لم يقل بمـا فيها صح رهنـها ؛ للعلم بـها إلا أن يكون ذلك مما لا قـيمة له : كالجراب الخلـق ونحوه ، ولو قال : رهنتـك أحد هذين العبديـن لم يصح ؛ لعدم التعيين ، وفى الجملة أنه يعتبر للعلم فى الرهن ما يعتبر فى البيع وكذلك

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٨ - ١٥٨ التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢٥ - ٢٦ ، ص ١٩٥

(٢) انظر الوسـيط فى شرح القانون المـدنى للدكتور الـسنهورى :(١٠ / ٣٥٢ - ٣٥٣)
يقال عهر عهورا :فجر،وعهر المرأة وإليهـا عهورا وعهارة: زنى بها ، المعجم الوسيط مادة عهر

(٣) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٥) الفقه الإسلامى وأدلته (٥ / ٤ ٢ ٥، ٢).

القدرة على التسليم »[(١)].

أما في القانون فبخصوص الرهن الرسمي فقد نصت المادة (١٠٣٥ / ٢) من التقنين المدني على الآتي : « ...وأن يكون (العقار) معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته ، أو في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلا »[(٢)].

فاشترط القانون في هذا النص أن يكون المال معينا من حيث طبيعته وموقعه، قال الدكتور السنهوري : إن مبدأ تخصيص الرهن يقتضي أولا تعيين العقار المرهون بالذات فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من عقارات ، أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة كذا ، ومتى عين العقار المرهون بالذات ، وجب تحديدا دقيقا من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث طبيعته ، فيقال : إن هذا العقار هو أرض أو منزل أو مصنع أو غير ذلك من العقارات وإذا كان أرضا فهل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك ؟، ويحسن ذكر حدود هذا ، ومساحة رقعته ، وما يحمله من مميزات وما أعد له من خدمات وأغراض ، وغير ذلك مما يجعل العقار موصوفا تاما يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة ، ويجب أن يذكر إذا كان ملكا كاملا أو حق رقبة ، أو حق انتفاع[(٣)]

الناحية الثانية : من حيث موقعه فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار ،وموقع العقار من هذه الجهة ،وما يحيط به من جيران وعقارات أخرى ، بحيث يتميز

---

(١) انظر المغني لابن قدامة : (٤ / ٣٨٣ ،٣٨٤) ، المهذب للشيرازي (١ / ٣٠٩) الشرح الكبير للدرديري : (٣ / ٢٣١) ، منتهى الإرادات (١ / ٤٠١) ، كشاف القناع (٣ / ٣٢١ ، ٣٢٢) ، منار السبيل (١ / ٣٥١) .

(٢) انظر كود القانون المدني لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥٢ .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهوري :(١٠ / ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥)

العقار تميزا تاما عن سائر العقارات المجاورة له فى الجهة التى هو فيها ، فلا يلتبس بغيره من العقارات [١].

«وهذا التحديد يجب أن يرد فى عقد الرهن الرسمى ، أو فى عقد رسمى لاحق ، وجزاء عدم التعيين بالصورة المطلوبة هو البطلان المطلق » [٢].

أما فى الرهن الحيازى فيجب أن يكون محل الرهن الحيازى معينا أو قابلا للتعيين طبقا للقواعد العامة ، ولكن لا يشترط تعيينه تعيينا دقيقا كما فى الرهن الرسمى فلم يرد فى نصوص الرهن الحيازى نص يوجب تعيين محل الرهن الحيازى تعيينا دقيقا كنص المادة (١٠٣٥) مدنى فى الرهن الرسمى [٣].

وممن يرى هذا الرأى الدكتور منصور مصطفى منصور ،فيرى عدم إعمال مبدأ تخصيص الرهن على رهن الحيازة ، والدكتور شفيق شحاته ، ويرى البعض ومنهم الدكتور سليمان مرقس أن مبدأ تخصيص الرهن ينطبق على رهن الحيازة [٤].

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى هذا الرهن الرسمى ولكن يختلف ما قاله فقهاء القانون مع الفقه الإسلامى فى الرهن الحيازى فاشترط الفقهاء الإسلاميون أن يكون المرهون محددا تحديدا يمنع المنازعة فشرط الفقهاء هنا أحكم وأضبط من اشتراط فقهاء القانون .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(١٠ / ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥) .

(٢) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ص: ١٨، ١٩ ، التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور :ص ٢٧ ، ٢٨

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى ومراجعه:(١٠ / ٧٦٥)

(٤) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور ص ١٩٨ ، ١٩٩ ، الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ص ١٥٨ ، ١٥٩

الشرط الخامس : من شروط الرهـن أن يكون مملوكا للراهـن : وهذا ليس شرطا لجـواز الرهن ؛ لأنه يجوز رهـن مال الغير بـغير إذنه بولاية شـرعية ، كالأب والوصى يرهن مال الصبى بدينه وبـدين نفسه ، ويجوز رهن مال الغير بإذنه ، كما لو استعار من إنسان شيئا ليرهنه بشيء على المستعير ، فإذا لم يكن هناك إذن من المالك بـالرهن كان الرهن كالبيع موقوفـا على الإجازة فإن أجاز نفذ وإلا بطل [١].

ولكن لا يجوز رهن مـال الغير بغير إذنه عـند الشافعية والحنـابلة ؛ لأنه لا يقدر على تسـليمه ولا على بيعه فى الـدين ، فلم يجز رهنه كالطـير الطائر ، والعبد الآبق[٢].

فإن اسـتعار الراهـن الشيء ليـرهنه جاز عـند أئمة المـذاهب اتفاقـا ؛ لأنه بالاستعارة يملك ملك غيره ؛ لينتفع به وحده من غير عوض وهو شأن الإعارة فهى جائزة لتحصيل منفعة واحدة من منافع العين المستعارة[٣] .

وقد أخذ القانون بذلك فعد رهن مال الغير أنه قابل للإبطال وغير نافذ ، فقد نصت المادة (١٠٣٢ / ١، ٢مدنى) على الآتى :

« يجوز أن يكون الراهـن هو نفس المدين كما يجوز أن يـكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلـحة المدين ، وفى كلتا الحالتين يجب أن يـكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه ».

---

(١) انظـر بدائع الصـنائع : (٦ / ١٣٥)،بدايـة المجتهد :(٢ / ٤٠٧) ،المـهذب :(١ / ٣٠٨) ،كشاف القناع :(٣ / ٣٢١، ٣٢٢) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥ / ٢٠٥).

(٢) انظر المرجعين السابقين عند الشافعية والحنابلة.

(٣) انظـر الإجماع لابـن المنذر : ص ١٦٥ ،١٦٦ ، الـفقـه الإسلامى وأدلـته :(٥ / ٢٠٦).

أما إذا كان الراهن غير المالك للعقار ، فقد نصت المادة (١٠٣٣ / ١مدنى) على الآتى :

« إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن ».

فحكم رهن ملك الغير من ناحية قابل للإبطال ومن ناحية أخرى أنه غير نافذ فى حق الغير وبالتالى فهو غير نافذ فى حق المالك الحقيقى ، وقابليته للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن فيجوز له إبطاله ويجوز له إجازته فيصبح صحيحا ، ولكن هذه الإجازة لا تجعل عقد الرهن ينشأ لمصلحة المرتهن إلا إذا أقر المالك الحقيقى عقد الرهن بورقة رسمية ، أو إذا أصبح الراهن مالكا للعقار المرهون ، وما ينطبق على الرهن الرسمى ينطبق على الرهن الحيازى[1].

الشرط السادس من شروط الرهن : أن يكون مفرغا أى غير مشغول بحق الراهن ، فلا يصح رهن النخل المشغول بالثمرة بدون الثمر ، ولا الأرض المشغولة بالزرع بدون الزرع ، ولا الدار المشغولة بأمتعة الراهن بدون الأمتعة ونحوها ، أما رهن الشاغل كحمل السيارة ومتاع الدار غير المتصل بالمشغول فجائز رهنه .

وأن يكون محوزا : أى مجموعا احترز به عن المتفرق ، كالثمر على رءوس النخل بدون النخل ، والزرع فى الأرض بدون الأرض ؛ إذ لا يمكن حيازة الثمر أو الزرع بدون الشجر أو الأرض .

وأن يكون متميزا : أى غير مشاع ، وسنعالج رهن المشاع بعد قليل ،

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ص ٢ ، ٢١ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، الوسيط للدكتور السنهورى (١ / ٣٣ ، ٣٤).

والسبب فى اشتراط التفرغ والحيازة والتميز هو أن القبض شرط لازم لا شرط صحة فى الرهن ، والقبض متعذر مع وجود هذه الموانع ، فإذا قبض الرهن مفرغا محوزا متميزا تم العقد فيه ولزم ، وما لم يقبضه المرتهن فالراهن بالخيار إن شاء سلمه ، وإن شاء رجع عن الرهن كما فى الهبة ؛ لأن الرهن كالهبة عقد تبرع غير لازم إلا بالقبض ، وبه يظهر أن هذه الشروط الثلاثة هى فى الواقع العناصر التى يتحقق بتوافرها قبض الرهن [1] .

وهذا عند الجمهور ، أما المالكية فيلزم الرهن عندهم بالإيجاب والقبول والقبض من شروط التمام [2].

رهن المشاع

اختلف الفقهاء فى رهن جزء مشاع فمنعه الحنفية ، وقالوا : لا يصح رهن المشاع مطلقا مقارنا أو طارئا ، من شريكه أو من غيره ، يقسم أو لا يقسم ، وأجاز الجمهور .

وسبب الخلاف : هل يمكن حيازة المشاع أم لا يمكن ؟

أما مذهب الحنفية : فهو أنه لا يجوز رهن المشاع سواء أكان يحتمل القسمة أم لا ، من شريكه أو من غيره ، والصحيح أن الرهن حينئذ فاسد يضمن بالقبض ؛لأن القبض شرط تمام العقد ولزومه لا شرط جوازه أو انعقاده .

ودليلهم فى ذلك مبنى على أن العقود شرعت لأحكامها ، فإذا فات

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٣٨ ، ١٤٠) ، الكتاب للقدورى :(٢ / ٤) . اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى من علماء القرن الثالث عشر : (٢ / ٤) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ٣٨)، الفتاوى الهندية · (٥ / ٤٣٢) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٢٨) ،المهذب . (١ / ٣٠٥) .

(٢) انظر القوانين الفقهية ص ٢٧٧

الحكم؛ كان العقد غير معتبر ولهم فى ذلك وجهان :

الوجه الأول : أن حكم الرهن هو ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد ؛ لأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير المتصور ؛ لأن اليد تثبت على معين ، والمرهون على المشاع غير معين ،والمعين ليس كغير المعين ، فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه .

الوجه الثانى : أن موجب الرهن أى موجب حكمه هو الحبس الدائم ؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى : ﴿**فرهانٌ مَّقْبُوضةٌ**﴾ [(١)]، أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق . وحكم الرهن عندهم هو ثبوت يد الاستيفاء ،وهو لا يكون إلا بالقبض . والقبض يقتضى الدوام ، فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويفوت فى المشاع ؛ لأنه لابد من المهايأة فيصير كما إذا قال : رهنتك يوما ويوما لا ؛ ولأن الشريك يمسكه يوما رهنا ، ويوما يستخدمه فيصير كأنه رهن يوما دون يوم ، فلم يصح سواء فيما يقبل القسمة، أم ما لا يقبلها ، ولو من الشريك ؛ لوجود المهايأة فى الحيازة [(٢)].

---

(١) سورة البقرة من آية :(٢٨٣).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦ / ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤ ،وما بعدها) . مفاتيح الغيب للرازى (٧ / ١٣١) ، جامع الفصولين لابن قاضى سماوة (٢ / ٨٨ وما بعدها) ، تحفة الفقهاء (٣ / ٣٨) ، الهداية للمرغينانى (١ / ١٥٢ . ١٥٣ ، ١٥٤)، شرح العناية على الهداية للبابرتى :(١٠ / ١٥٤ ، ١٥٥) ، شرح الكنز للعلامة محمد منلامسكين (٣ / ٤٥٣) ، إيثار الإنصاف فى آثار الخلاف لسبط ابن الجوزى ص ٣٧ ، ٣٧١ ، طريقة الخلاف فى الفقه بين الأئمة الأسلاف للشيخ محمد بن عبد الحميد الأسمندى ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار (٥ / ٢٦)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٧ / ٢٨٦) ، الفتاوى البزازية لابن البزاز الكردرى (٢ / ٢٨) . أحكام القرآن للجصاص (٢ / ٢٦)

إذن فإن قبض أو حيازة الجزء الشائع عندهم وحده لا يتصور ، والجزء الآخر ليس بمرهون ، فلا يصح قبضه ، والشيوع يمنع تحقق قبض الجزء الشائع سواء فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها بخلاف الهبة حيث تصح فيما لا يحتمل القسمة للضرورة ؛ لأن الهبة تفيد الملك ، والمشاع لا يقبله ، ولا ينافيه أما هنا في الرهن فالحكم هو ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة[١] .

ولا يجوز من شريكه ؛ لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول ،ولا على الوجه الثاني ؛ لأنه يسكن يوما بحكم الملك ، ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا [٢].

وهذا الحكم سواء أكان الشيوع مقارنا لعقد الرهن أم طارئا عليه ، فإذا طرأ الشيوع على الرهن أفسده ، وروى عن أبي يوسف : أن الشيوع الطارىء على العقد لا يفسده ؛ لأنه يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء كالهبة التي يطرأ عليها الشيوع بعد القبض فلا يفسدها [٣].

ورد عليه: أن العلة في منع رهن المشاع كون الشيوع مانعا من تحقق القبض وهذا يستوى فيه الابتداء والبقاء بخلاف الهبة؛ لأن الملك لا يتنافى مع الشيوع[٤].

ولو استحق بعض المرهون بعد الرهن ينظر إلى الباقي :

* إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء ، لا يفسد الرهن.

---

(١) انظر الهداية للمرغيناني : (١٠ / ١٥٣ ، ١٥٤) .
(٢) انظر الهداية : (١٠ / ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥).
(٣) انظر بدائع الصنائع :(٦ / ١٣٨ ، ١٣٩)، والفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٢٢٤ ، ٢٢٥)
(٤) انظر السابق : (٦ / ١٤١) ، والفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٢٢٤) .

* وإن كان ما لا يجوز رهنه ابتداء ، فسد الرهن فى الكل ، كاستحقاق بعض الرهن شائعا ؛ لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح فى القدر المستحق وأنه لم يقع إلا على الباقى ، وبما أن الباقى شائع ، فيفسد الرهن ؛ لأن الشيوع عندهم يفسد صحة الرهن [(١)].

وكلام الحنفية بالنسبة لمنعهم الرهن المشاع وجيه ؛ حيث إن الرهن يتنافى مع شيوع المرهون ؛ لأنه بحسب غايته وهى توثيق استيفاء الدين يشترط فيه قبض المرهون ، ثم يقتضى ذلك استمرار حبسه فى يد المرتهن ، وهذا مانع من صحة الرهن فى الجزء الشائع ، إذ لو رهن الإنسان حصة شائعة ، كربع فرس أو نصف دار ، فإذا حبس المرتهن المال كله دائما كان متجاوزا على حق الشريك غير الراهن ؛ لحبس حصته من المال عنه بسبب الشيوع ، وإذا تناوب المرتهن مع مالك الحصة غير المرهونة فى الحبس والاستعمال ، بحيث يحتبسه بحكم الرهن مدة ، ويسلمه إليه مدة للاستعمال ، فإنه يفوت عندئذ استمرار احتباس المرهون ، فيفقد الرهن قوته التوثيقية ويعدم غايته [(٢)] .

ورغم ذلك فإنه يمكن للمرتهن أن يحوز الرهن ، فإن كان الباقى للراهن أخذ المرتهن كل الرهن ، وإن كان لغيره نزل المرتهن معه منزلة الراهن ، ونظام السجل العقارى أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع إشارة الرهن عليه فى صحيفة من السجل العقارى ؛ لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون فى يد مالكه الراهن كما سنرى فى القانون .

وأما مذهب الجمهور غير الحنفية : فإنه يصح رهن المشاع من الشريك وغيره

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته (٥ / ٣٣٥٧)

(٢) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء (١ / ٢٧٧، ٢٧٨).

محتملا للقسمة أو لا ؛ لأن كل ما يصح بيعه يصح رهنه ؛ ولأن الغرض من الرهن استيفاء الدين من ثمن المرهون ، ببيعه عند تعذر الاستيفاء من غيره ، والمشاع قابل للبيع ، فأمكن الاستيفاء من ثمنه والقاعدة عندهم : كل ما جاز بيعه جاز رهنه من مشاع وغيره[1] .

قال المالكية : وصح رهن المشاع من عقار وعرض وحيوان كما يصح بيعه وهبته ووقفه وسواء كان الباقي للراهن أم لغيره ، فإن كان باقيه له لزمه تسليمه، وإن كان لغيره نزل المرتهن معه منزلة الراهن[2] .

وأما كيفية الحيازة : فيحوز المرتهن جميع ما يملكه الراهن أى جميع المشاع ، وما رهنه وما لم يرهنه بالقضاء ، ليتم الرهن وإلا لجالت يد الراهن فيه مع المرتهن فيبطل الرهن هذا إن كان الباقي للراهن ، وأما إن كان الجزء الباقي لغير الراهن فيكفي حوز المرهون من ذلك المشاع ؛ لأن جولان يد غير الراهن لا يضر في الحوز[3] .

وللراهن الذى رهن الجزء المشاع وكان الباقي لغيره استئجار جزء شريكه ولكن لا يمكن وضع يده عليه، ويقبضه المرتهن أجرته ؛ لئلا يبطل حوزه بجولان يده عليه .

---

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته :(٥ / ٢٢٥) .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٢٣٥ ، ٢٣٦)، أحكام القرآن لابن العربي: (١ / ٢٦١)، أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٣٧٢)، الشرح الصغير للدرديرى (٣ / ١٢٢).

(٣) انظر أسهل المدارك : (٢ / ٣٧٢)، الشرح الصغير (٣ / ١٢٢) ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر : (٤١ - ٤١١) ، المدونة للإمام مالك (٤ / ١٥٢) ، بداية المجتهد : (٢ / ٤٠٧) ، كتاب المنتقى شرح موطأ مالك للباجي : (٥ / ٢٤٩) .

ويجوز للراهن أن يرهن فضلته أى الجزء الباقى من المشاع فى دين آخر برضا المرتهن الأول للمرتهن الثانى ، ويحوز المرتـهن الأول للمرتهن الثانى ،ويكون أمينا فيه، ولهذا لا ضمان عليه إن ضاع بلا بينة ولا تفريط،وهو مما يغاب عليه [١]، ولا يضمن إلا مـا يخصه ، فإن حل أجـل أحد الدينين قبـل الآخر قسم الرهن ؛ لإعطاء من حـل دينه منابه إن أمكن قسمته بـلا ضرر وإلا بيع الرهن جميعه ، وقضيا الدينين معا [٢].

وقال الشيعة الإمامية : ولا يجوز تسـليم المشاع إلا برضا شريكه سواء كان مما ينقل أم مما لا ينقل[٣] .

قال سحنون[٤]: قلت : أرأيـت إن ارتهن دابة أو دارا أو ثـيابا ، فاسـتحق نصف ما فى يدى من الرهن ، والرهن مشـاع غير مقسوم ؟ قال :يكون ما فى يديك رهنـا بجميع حقـك عند مالك ، قال سـحنون : قلت : فإن كـان ثوبا فاستحق نصفه فقال المستحق : أنا أريـد أن أبيع حصتى قال : يقال : للمرتهن والراهن بيعا معه ثم يكون نصف الثمن رهنا فى يد المرتهن [٥].

---

(١) ما يغاب عليه كالثوب والدراهم وأما مالا يغاب عليه كالولد والحيوان .

(٢) انظر أسهل المدارك للكشناوى (٢ / ٣٧٢) ، حاشية الدسوقى (٣ / ٢٣٥) ، الشرح الصغير . (٣ / ١٢٢) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل (٣ / ٢٣٧)، والتاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبـد الله محمد بن يوسف بن أبى قاسم العبدرى الشهير بالمواق وهو بهامش مواهب الجليل : (٥ / ٤).

(٣) شرائع الإسلام (٢ / ٧٦).

(٤) سحنون أبـو سعيد سحنون بـن سعيد التنوخـى ولى القضاء بالقـيروان ، وصنف المدونة وعـنه انتشر عـلم مالك فى المـغرب ومات سنة ٢٤ هـ ، طبقات الفـقهاء للشيرازى (١٥٦، ١٥٧).

(٥) انظر المدونة الكبرى (٤ / ١٥٢).

فإذا استحق بعض الرهن المعين ، فإن الباقى يكون رهنا عن جميع الدين ، وأما غير المعين : فيأتى الراهن للمرتهن ببدل اليعض المستحق ، وإذا استحق كل المرهون : فإن كان قبل قبض الرهن فيخير المرتهن بين إمضاء العقد بلا رهن ، وبين الفسخ ، وإن استحق بعد القبض يبقى دينه بلا رهن ، إلا أن يغره فيخير بين الفسخ وعدمه .

ومن رهن عقارا أو حيوانا فاستحق شخص حصته منه ، وتركها تحت يد المرتهن فتلفت ، فلا يضمنها المرتهن ؛ لأنها باستحقاقها خرجت من الرهينة ، وصار المرتهن أمينا فلا يضمن إلا ما يبقى[1] .

أما قسمته : «فللشريك الذى لم يرهن أن يقسم بإذن الراهن ، فإذا كان الشيء مما ينقسم من طعام ونحوه ، فرهن أحد الشريكين حصته منه جاز ذلك، فإن شاء الشريك البيع قاسمه فيه الراهن ، والرهن كما هو بيد المرتهن لا يخرجه من يده ، فإن غاب الراهن أقام الإمام من يقسم له ، ثم تبقى حصة الراهن فى الوجهين رهنا[2] ».

وكذلك الحال عند الشافعية : فإنه يصح رهن المشاع ، قال الرملى : «ويصح رهن المشاع من الشريك وغيره ، وقبضه بقبض الجميع كما فى البيع ، فيكون بالتخلية فى غير المنقول ، وبالنقل فى المنقول ، ولا يحتاج لإذن شريكه إلا فى المنقول ، فإن لم يأذن الشريك ، ورضى المرتهن كونه بيده جاز ، وناب عنه فى القبض ، وإلا أقام الحاكم عدلا يكون فى يده لهما ويؤجره إن كان مما يؤجر ، وتجرى المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين ، فعلم

---

(١) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير : (٣ / ٢٣٨).

(٢) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير : (٣ / ٢٣٥) ، والمدونة :(٤ / ١٥٣).

صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة من غير إذن شريكه كما يجوز بيعه ، فلو اقتسماها فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا ؛ لأنه حصل له بدله » [١] .

وإن استحق المرهون المبيع رجع المشترى على الراهن ؛ لأن المبيع له ، فكانت العهدة عليه[٢] .

وعند الحنابلة: يجوز أيضا رهن المشاع ؛لأنه يجوز بيعه فى محل الحق ، فإن كان المشاع عقارا يكون القبض بالتخلية ، وإن كان منقولا يكون قبضه بالتناول ، ولا يشترط إذن الشريك فى العقار ، ويشترط فى المنقول إذن الشريك ، ولا يجوز فى المنقول النقل إلى المرتهن إلا بإذن الشريك ، فإن أبى الشريك ورضى المرتهن بكونه فى يد الشريك جاز وناب عنه فى القبض .

وإن تنازع الشريك والمرتهن عين الحاكم عدلا يكون فى يده لهما ، أما أمانة أو بأجرة ، وتجرى المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين[٣] .

---

(١) انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى :(٤ / ٢٣٩)، ومغنى المحتاج : (٤ / ٤٢١)،حاشية أبى الضياء نور الدين الشبراملسى القاهرى على نهاية المحتاج :(٤ / ٢٣٩)، حاشية البجيرمى على شرح الخطيب : (٣ / ٥٨)، حلية العلماء للشاشى القفال :(٤ / ٤٢١)، الإشراف على مذاهب أهل العلم للنيسابورى : (١ / ٨٦)، المهذب : (١ / ٣٠٨)، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعى: (٢ / ٣ ، ٤ ، ٥) مادة (١٦٩).

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٣٥٨).

(٣) انظر المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح : (٤ / ٢١٦) ، كتاب الفروع لابن مفلح : (٤ / ٢١٢)، تصحيح الفروع للمرداوى (٤ / ٢١٢) ، الإفصاح عن معانى الصحاح لابن هبيرة : (١ / ٣٦٧) ، المغنى لابن قدامة :(٤ / ٣٥٢ ،٣٧٥) ، الشرح الكبير على متن المقنع شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر ==

وإذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقا لزمه رده على مالكه ، والرهن باطل من أصله وإن استحق الرهن المبيع رجع المشترى على الراهن ؛ لأن المبيع له ، والعهدة عليه كما لو باع بنفسه ، وحينئذ لا رجوع له على العدل إن أعلمه العدل أنه وكيل(١) .

وأما عند الظاهرية : فقد ذهب ابن حزم إلى جواز رهن المشاع ، فقال : ورهن المرء حصته من شيء مشاع مما ينقسم أو لا ينقسم عند الشريك فيه وعند غيره جائز ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ (٢). ولم يخص مشاعا من ومقسوم: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ (٣)،(٤).

ورد على الحنفية فى أنهم لا يجيزون رهن المشاع فقال : « وقال أبو حنيفة وأصحابه : إنه لا يجوز رهن المشاع كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم ، لا عند الشريك فيه ولا عند غيره وأجازوا أن يرهن اثنان أرضا مشاعة بينهما عند إنسان واحد ، ومنعوا من أن يرهن المرء أرضه عند اثنين داينهما دينا واحدا فى صفقة واحدة، وهذا تخليط ناهيك به .

أول ذلك : أنه قول لا نعلم أحدا قاله قبلهم .

والثانى : أنه قول بلا دليل .

والثالث : أنهم تناقضوا فيه ، وأيضا فإنهم لا يختلفون فى أن بيع المشاع

== ابن أحمد بن قدامة المقدسى : (٤ / ٣٧٣ ، ٣٧٤).

(١) انظر كشاف القناع : (٣ / ٣٤٧).

(٢) سورة البقرة : من آية (٢٨٣).

(٣) سورة مريم : من آية (٦٤).

(٤) انظر المحلى لابن حزم : (٨ / ٨٨).

جائز فيما ينقسم وما لا ينقسم من الشريك وغيره ، وهذه تخاليط ومناقضات لا خفاء فيها وما نعلم لهم شيئا موهوا به إلا أنهم قالوا : لا يصح القبض فى المشاع ، ومن قولهم : إن البيع لا يتم إلا بالقبض ، وقد أجازوا البيع فى المشاع ، فالقبض عندهم ممكن فى المشاع حيث اشتهوا ، وهو البيع والقبض عندهم غير ممكن فى المشاع حيث لم يشتهوا وهو الرهن ، ويقال لهم : كما يقبض فى البيع كذلك يقبض فى الرهن ولا فرق »[1] .

«وصفة القبض فى الرهن وغيره ، هو أن يطلق يده عليه ، فما كان مما ينقل نقله إلى نفسه ، وما كان مما لا ينقل كالدور والأرضين أطلقت يده على ضبطه كما يفعل فى البيع ، وما كان مشاعا كان قبضه له ، كقبض صاحبه لحصته منه مع شريكه ولا فرق ، ولو كان القبض لا يصح فى المشاع لكان الشريكان فيه غير قابضين له ، ولو كانا غير قابضين له ؛ لكان مهملا لا يد لأحد عليه ، وهذا أمر يكذبه الدين والعيان ، فأما الدين : فتصرفهما فيه تصرف ذى الملك فى ملكه ، وأما العيان : فكونه عند كل واحد مدة يتفقان فيهما ، أو عند من يتفقان على كونه عنده » [2] .

وعند الإباضية خلاف فى رهن المشاع أجازه البعض ولم يجزه الآخرون [3].

والراجح عندى هو رأى الجمهور وهو جواز رهن المشاع ؛ لقوة أدلتهم ؛ ولإمكان هذا النوع من الرهن ، لإمكان القبض كما فى البيع ، وكما بينا من قبل عندما ذكرنا رأى الحنفية.

---

(١) انظر السابق : (٨ / ٨٨ ،٨٩).

(٢) انظر المحلى : (٨ / ٨٩).

(٣) انظر كتاب لباب الآثار تأليف السيد مهنا بن خلفان :(١٠ / ١٤٦).

أما فى القانون: فقد نصت المادة (٨٢٥ مدنى) على أنه : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع »[1] .

ونصت المادة (٨٢٦ / ١) على أنه : « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »[2].

يتضح من النصين السابقين أن المال الشائع هو ذلك المملوك لأكثر من شخص دون أن يتحدد نصيب أى منهم بقدر مفرز من هذا المال ، وإنما يقع حقه على كل ذرة من ذرات هذا المال وذلك بقدر حصته فيه ، ويتضح أيضا أن الشريك فى الشيوع يملك حصته ملكية تامة ، وله عليها كافة حقوق المالك وعلى رأسها حق التصرف[3] .

ورهن العقار المملوك على الشيوع قد يصدر من جميع الشركاء أو الأغلبية التى لها سلطة التصرف وفقا لنص القانون ، وقد يصدر من أحد الشركاء ، أو ممن لا يمثلون الأغلبية ، وقد يرد الرهن على حصة شائعة فى العقارأو على جزء منه أو عليه كله ، وسنعرض لأحكام الرهن فى هذه الصورة المختلفة [4].

أولا :الرهن الصادر من جميع الشركاء :

نصت المادة (١٠٣٩ / ١ مدنى) على الآتى : « يبقى نافذا الرهن الصادر من جمع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠: ص ١٩٨ .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

(٣) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة :ص ٢٥ ،٢٦ .

(٤) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٥٠ .

فيما بعد أو على بيعه ؛ لعدم إمكان قسمته » [١].

إن الرهن قد صدر من كافة الشركاء أو من غالبيتهم ، وأنه قد وقع على المال كله ، ولا شك أن الرهن فى هذه الصورة صحيح ، وصادر من مالك يملك التصرف فى المال المرهون ، ولا توجد أى صعوبات إذا استمرت حالة الشيوع إلى وقت حلول الوفاء بالدين المضمون ، وتمت الإجراءات فى مواجهة الملاك على الشيوع ، ولا توجد أيضا أية مشاكل إذا تمت القسمة ، وآل إلى كل شريك نصيب مفرز من المال المرهون ؛ إذ أن المال سيظل مثقلا بالرهن ضمانا للدين ، فكل من الشركاء رهن حصة كانت وما زالت مملوكة له [٢].

قال الدكتور شفيق شحاتة :« وإذا رهن جميع الشركاء معاً المال الشائع جميعه قبل إجراء القسمة ، فإن إفراز الأنصباء الذى يتم نتيجة القسمة لن يؤثر طبعا فى الرهن الصادر منهم قبل إجراء القسمة » .

« ولكن إذا لم يمكن قسمة المال عينا فبيع المال لعدم إمكان قسمته ، فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الثمن الذى يدفعه الراسى عليه المزاد إذا لم يكن واحدا من الشركاء » [٣].

أما إذا كان الراسى عليه المزاد هو أحد الشركاء ، فإن العقار المرهون يظل مثقلا بالرهن الصادر من جميع الشركاء ولو أنه لم يعد معتبرا أنه قد كان ملكا لهم جميعا وقت صدور الرهن تطبيقا للمادة (١٠٣٩ / ١) التى سبق أن ذكرناها ، ويتحمل الشريك الراسى عليه المزاد الرهن جميعه على أن يرجع هو

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥٣ .

(٢)انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٢٦ .

(٣) انظر النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاتة: ص ٩٧ ، ٩٨ .

على شـركائه الآخرين بنـصيبيهم فى الـدين ، إن لـم يكن ذلك قـد روعى فى الثمن المدفوع إليهم[١] .

أما فى الرهن الحيازى فتطبق الأحكام العـامة الواردة فى الملكية الشائعة ؛ لأنه لم يوجـد نص خاص بذلك فى الـرهن الحيازى ، فإن صدر الـرهن من جميع الشركـاء أو من هؤلاء الذين يملكون على الأقل ثلاثـة أرباع المال الشائع كان الرهـن صحيحا ، ويـظل الرهن صحـيحا بعـد قسمة المال وحـصول كل شريك علـى نصيب مفرز فى المال الـذى كان شائعا ، ولكن المشـكلة تدق إذا ترتب عـلى القسـمة أيلولـة المال إلى أحد الـشركاء أو بعـضهم دون البـعض الآخر ،وتطبيـق القواعد العامة فى هذه الحـالة ، يقضى باعتبـار رهن الشريك الذى خرج من القـسمة بغير نصيب رهنـا لمال مملوك للغير وذلك نتـيجة للأثر الكاشف للقسمة[٢].

قال الدكتور نعمان جمعة : ولكننا نميل إلى صحة هذا الرهن حتى بعد هذه القسمة وذلـك استنادا إلى المادة (١٠٣٤ مدنـى) والتى اقترحنا سريـانها على الرهن الحيازى .

ويكون رهن الـراهن الذى خرج من القسمـة بغير نصيب صحيحـا وتنتقل حصته إلى خلفه محملة بالرهن [٣] .

وتنص المادة السابقة على الآتى :

« يبقى قـائماً لمصلحـة الدائن المرتهن الـرهن الصادر من المالـك الذى تقرر

---

(١) انظر النظرية العـامة للتأمين العينى للدكتور شفـيق شحاتة : ص ٩٨ ،٩٩ ، الوسيط للدكتور السنهورى :(١٠ / ٣٢٣ وما بعدها).

(٢) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٦٤ .

(٣) انظر السابق : ص ١٦٤ .

إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية ، فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » [(١)] .

ثانيا : إذا رهن الشريك حصته الشائعة فى العقار فرهنه صحيح ؛ لأنه صادر من مالك فقد رأينا أن المادة (٨٢٦ / ١) من التقنين المدنى تنص على أن كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ، ولا يثير هذا الرهن صعوبة ما بقى الشيوع قائما ؛ إذ لا يمس حقوق الشركاء الآخرين ، فيكون للدائن المرتهن إذا ما حل أجل دينه قبل القسمة أن ينفذ على الحصة المرهونة فتباع الحصة جبرا ويحل الراسى عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكا فى الشيوع [(٢)].

أما إذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه فقد يختص الشريك الراهن بجزء مفرز من العقار نفسه يعادل قيمة الحصة المرهونة ، أو بالعقار كله أو بجزء مفرز منه يزيد فى قيمته عن الحصة المرهونة أو بعقار آخر أو بمنقول أو بمبلغ من النقود .

ففى الفرض الأول ينتقل الرهن إلى الحصة المفرزة ، وفى الفرض الثانى يبقى الرهن قائما على الحصة الشائعة التى ارتهنت ابتداء ، ويسرى هذا الحكم أيضا على الفرض الثالث ، كما لو كان الشريك رهن ثلث العقار ثم استقل بنصفه مفرزا ، والفرض الرابع وهو إذا وقع فى نصيب الراهن عقارات أخرى

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥٢ .

(٢) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥ ، النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ٩٦ .

انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة التى كانت مرهونة[١] .

وإذا لم يقع فى نصيب الراهن شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وإنما اختص ببعض المنقولات فالمسألة محل نظر ، قال الدكتور منصور مصطفى: «إن بعض الشراح يقولون : إن انتقال الرهن وفقا للمادة (١٠٣٩ / ٢) مشروط بأن تكون العين التى وقعت فى نصيب الراهن مما يقبل أن يرد عليه الرهن الذى قرره الشريك ، ونظرا إلى أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على العقار فإنه لا ينتقل إلى المنقول الأمر الذى يؤدى إلى أن يفقد الدائن المرتهن كل أثر لحقه ، وهذا الرأى لا يتفق مع اعتبارات العدالة ولهذا نفضل القول بانتقال الرهن إلى المنقول قياسا على نص المادة (١٠٣٩ / ٢) ،وعندئذ يتحول الرهن الرسمى إلى حيازى »[٢].

وأخيرا فإذا لم يختص الشريك الراهن إلا بمبلغ من النقود ، فإن للدائن المرتهن إذا كان أجل دينه قد حل أن يستوفى حقه بالتقدم من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته ، أما إذا لم يكن أجل الدين قد حل الدين فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى المبلغ الذى يستحقه الشريك الراهن »[٣] .

وأما فى الرهن الحيازى : فإن رهن الشريك حصته الشائعة ، فإن تصرفه

---

(١) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٥٢ ، ٥٥ الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٢٨ ، ٣٠ .

(٢) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى : ص ٥٢ ، ٥٥ ، الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٢٨ ، ٣٠ ، الوسيط للدكتور السنهورى : (١٠ / ٣٢٨ - ٣٣٢).

(٣) انظر التأمينات العينية للدكتور منصور مصطفى منصور : ص ٥٥ .

يعتبر صحيحا ؛ لأنه يملك حصته ملكا تاما ، وعند القسمة ينتقل الرهن إلى الحصة التى آلت إلى الراهن ، وإن لم يحصل على نصيب فى هذا المال وحصل مقابل ذلك على نقود انتقل حق المرتهن فى التقدم إلى هذه النقود ، وإن حصل الشريك على مال آخر أو نصيب فى مال آخر ، قال الدكتور نعمان جمعة : فإننا نميل إلى انتقال الرهن إلى هذا المال أخذا بمبدأ الحلول العينى ، وقد طبق المشرع هذا المبدأ فى المادة (٨٢٦ / ٢) »[١] .

وقد يبدو أنه من الصعب انتقال الحيازة إلى المرتهن فى حالة رهن حصة شائعة ولكن ذلك ليس مستحيلا ، فقد يتحقق ذلك بانتقال المال إلى يد عدل ينوب عن المرتهن وعن الشركاء ، وقد يحوز المرتهن المال كله كأصيل عن نفسه بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة ، وكنائب عن سائر الشركاء بالنسبة لباقى الحصص ، أو عن طريق قسمة المهايأة فيحوز الدائن المرتهن العين المرهونة على أساس المهايأة الزمانية أو المكانية[٢] .

وهذا ما قال به الفقهاء الإسلاميون فى كيفية الحيازة من قبل وبهذا يمكن رهن الحصة الشائعة ويمكن للمرتهن أن يحوزها .

---

(١) الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٦٤ .

(٢) السابق ، النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاته : ص ٩٦ ، ولكن قانون التجارة البحرى فى المادة (٢٣ / ٢) لا يجيز للمالك رهن حصته فى السفينة إلا بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل ، رغم أنه فى المادة (٤٢) من القانون السابق يجيز للأغلبية أن ترهن السفينة ضمانا للحصول على الائتمان اللازم لاستثمار تلك السفينة ، قال الدكتور هانى دويدار : « لأن رهن الحصة قد يأتى بالتعارض مع رهن السفينة ويعوقه ومصلحة الجميع أولى من مصلحة الفرد »، الوجيز فى القانون البحرى :(١ / ٨٦) .

ثالثا : رهن الشريك لحصة مفرزة :

قد نصت المادة (٨٢٦ / ٢ مـدنى) على أنه : « إذا كان التصـرف منصبا على جزء مفرز من المـال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القـسمة فى نصيب المتصـرف انتقل حق المـتصرف إليه من وقـت التصرف إلى الجـزء الذى آل إلى المتصرف بطريقة القسمة ، وللمـتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف »[1] .

قال الدكتور شفـيق شحاته : «وهذا الذى تـنص عليـه المادة (٨٢٦ / ٢) الواردة فى بـاب لملكية الـشائعة قـد أكدته المادة (١٠٣٩) فى بـاب الرهن الرسمى ، فـالدائن الذى يرتهن جزءا مـفرزا من المال الشائع لا يتـوقف حقه على نتيجة القسمة ، إن حقه قائم على هذا الجزء ، ويتقرر نهائيا عليه إذا وقع هذا الجزء فى نصيـب الراهن عند القسمة ، أما إذا مـا وقع جزء آخر من المال الشائع فى نصيب الراهن ، فإن الرهن ينتقل إليه بمرتبته » [2].

«ولكن فى مكنة المرتهن الدائن المطـالبة بإبطال الرهن على أساس أن الرهن وقع على ملـك الغير ،كما يمكنه المطـالبة بإبطال الرهن علـى أساس الغلط إذا ثبت أنه كان يجهل كون الحصة المرهونة جزءا من مال المملوك على الشيوع»[3].

وما يسرى من الأحكام السابـقة فى هذه الجزئية فى الرهن الـرسمى يسرى على الرهن الحيازى طبقا للأحكام العامة الـتى وردت فى الملكية الشائعة وينبنى على ذلك أن رهن الشـريك المشاع لجزء مفرز من المال المشاع يـنتقل إلى الجزء

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

(٢) النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ٩٣ ، ٩٤ .

(٣) الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٣١ ، ٣٢ .

فعلا إلى الراهن بعد إجراء القسمة ، ولا يـكون للمرتهن إبطاله إلا إذا كان قد وقع فى الغلط كما فى صورة الرهن الرسمى [١].

رابعا : رهن أحد الشركاء لكل المال الشائع :

فى هذا الفرض يـعتبر المتصرف راهنا لمـلك الغير فيما يجـاوز حدود حصته الشائعة وبالتالى يـحق للدائن المرتهن المطالبة بإبطال الرهـن فيما يجاوز حقوق الراهن على أساس أحكـام رهن ملك الغير ، وله أيضا المطالـبة بالإبطال على أساس الغلط إن كان يجهل حدود حق الراهن .

أما إذا كان الدائن المرتـهن يعرف الحقيقة ويعلم أن الشـريك الراهن لا يملك العقـار إلا على الشـيوع فإن الرهن يـكون صحيـحا ؛ لأن الدائن المـرتهن لا يستـطيع إبطـاله للغلـط ، ولكن هذا الـرهن لا ينفذ فـى حق سائر الـشركاء الشائعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة وفقا للأحكام السابقة [٢].

فالرهـن الصادر من الشريـك المشتاع علـى المال الشائع كـله يعتبر مـوقوفا بالنـسبة إلى الـقدر الزائد علـى حصته ونـافذا فى حدود حصـته ، ويستـطيع الشركاء فى المـلك أن يطلبوا عدم نفـاذ الرهن فيما زاد على حـصة الراهن فى هذه الحالة [٣].

من كل ما سبق نرى أن القانون يجيز رهن المشاع مثل جمهور الفقهاء ، أما الحنفية فـإنهم لا يجيزون رهن المشاع ؛ لأدلـتهم التى سبق أن سقـناها والتى

---

(١) انظر النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ٩٥ .

(٢) انظر الوسيط لدكـتور السنهورى : (١٠ / ٣٣٤) ، الحقوق العينية لـلدكتور نعمان جمعة : ص ٣٢ .

(٣) انظر النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ٩٦ .

تعتمد على أن القبض غير متصور ، ولكنه يمكن أن يصح الرهن العقارى اليوم على الحصة الشائعة من العقار فى البلاد التى أسست فيها سجلات ونظم عقارية توجب تسجيل كل عقد عقارى فى تلك السجلات وهذا ما قرره القانون المدنى فى المادة (١٠٣١مدنى) « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية »، ولم تستثن الحصة فى العقار من هذا الجواز ، وذلك لأن نظام السجل العقارى أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع إشارة عليه فى صحيفته من السجل العقارى ، لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون فى يد مالكه الراهن [1].

ورأى الجمهور فى نظرى هو الأقوى ؛ لأن المرهون إذا كان كله للمالك ، وأخذ المرتهن الجميع ، وإن كان لغير الراهن حل المرتهن محل الراهن مع الشريك ، فإمكان القبض جائز ، فكما يقبض فى البيع يقبض فى الرهن، وخاصة بعد استحداث نظام السجل العقارى الذى أغنى عن القبض فى القانون. وقد قال الحنفية : إن الرهن الفاسد المخالف لبعض شرائطه الفرعية المتممة هو رهن الحصة الشائعة فى مقابل دين ، فإن المرهون فيه هو مال محترم قد رهن فى مقابل حق مضمون واستوفى شرائطه الأساسية فينعقد عندهم ، لكن الشيوع يخل بالقبض اللازم فيكون فاسدا عندهم أيضا وقد بينا إمكانية القبض فى الفقه والقانون .

وفى عقد الرهن لا فرق بين صحيح وفاسد ، فتستوى نتيجة الفساد والصحة فى عقد الرهن ، فالرهن الفاسد ، كالرهن المشاع عند الحنفية ، وتثبت فيه بالنسبة إلى الاستدانة التى تمت بسببه أحكام الرهن الصحيح ، من حق احتباس المرهون ، الامتياز فى استيفاء الدين منه ، ولو أراد الراهن المستدين فسخ

---

(١) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٧٧ ، ٢٧٨) .

الرهن بمقتضى الفساد ، ويكون المرهون فى حـالة الفساد مضمونا على المرتهن الدائن بما يعادل الدين كما فى الرهن الصحيح تماما ؛ وذلك لأن الراهن المدين لم يتوصل إلى الاسـتدانة إلا على أساس التوثيق بالرهـن فإذا أراد فسخ الرهن فعليه إعادة الدين قبل استعادة المـرهون فلا فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث النتيجة فى حق الاستدانة التى وقعت بسبب هذا الرهن الفاسد [١].

---

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٣٢٥ ، ٣٤٩)،والمدخل الفقهى العام : (٢ / ٧٠١ ، ٧٠٢).

شروط المرهون به

المرهون به هـو الحق الذى أعطى به الرهـن ، ويشترط فى المرهـون به عند الحنفية ما يأتى :

الشرط الأول : أن يكون دينا مضمونا فلا يصح الرهن إلا بدين مضمون ؛ لأنه شرع استـيثاقا للدين ، والاستيثاق فيمـا ليس بمضمون لغـو ، والمقصود بالمضمون أن يكـون حقا واجب التسليم إلى صاحبـه ؛ لأنه إذا لم يكن واجب التسليم ، فلا محل لأن يعطى به رهن لتوثيقه ؛ إذ لا إلزام على المطالب بالحق حتى يستوجـب التوثق به ، فالحق المرهون به إما أن يكـون دينا وإما أن يكون عينا واجبة التسليم .

فإن كان دينا جاز الـرهن به أيا كان سبب هذا الدين قرضـا أو بيعا أو إتلافا أو غصبـا ؛ لأن الديون واجبـة الوفاء ، فكـان الرهن بهـا رهنا بحـق واجب التسليم إلى صاحبه ، وإن كان المرهون به عينا ففيه تفصيل :

إن كانت العـين أمانة كالوديعة والعـارية ومال الشركة والمضاربـة فلا يجوز الرهن بـها ؛ لأنها غيـر مضمونة أصلا ؛ إذ إن الـضمان عبارة عـن رد مثل الهالك إن كان مثلـيا أو قيمته إن كان قيميا ، فالأمانـة إن هلكت فلا شيء فى مقابلتها ، وإن استهلكت لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة .

وإن كانت العين مضمونة بنفسها : وهى التى يجب ضمان مثلها إن كان لها مثل وقـيمتها إن لم يـكن لها مثـل كالمغصوب فـى يد الغاصب والمهـر فى يد الزوج؛ لأن العين المغصوبة من الأعيان المضمـونة بنفسها أى بحد ذاتها ؛ لأنها إن كانت قائمة يجب تسليمها ، وإن كانت هـالكة يجب مثلها أو قيمتها فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيجوز الرهن بها [١].

---

(١) انظر بدائـع الصنائع : (٦ / ١٤٢ وما بـعدها) ، تحفة الفـقهاء :(٣ / ٤٠) ==

وأما إن كانت العين مضمونة بغيرها أى بغير مثل أو قيمة كالمبيع فى يد البائع ، فلو اشترى عينا ولم يقبضها ثم أخذ بها رهنا من البائع فالرهن باطل؛ لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شيء يستوفى من الرهن ؛ لأن المبيع مضمون بالثمن ، فإذا هلك سقط الثمن عن المشترى وهو غير المثل والقيمة ، ولهذا الاعتبار سموا المبيع بالعين المضمونة بغيرها (١).

وأجاز المالكية والحنابلة - كما سنرى - كالحنفية كون المرهون به عينا مضمونة بنفسها ، وأما الشافعية فلا يصح عندهم الرهن بالعين التى هى أمانة أو مضمونة ؛ لاشتراطهم كون المرهون به دينا (٢).

الشرط الثانى من شروط المرهون به:

أن يمكن استيفاء الدين من المرهون : فإن لم يمكن الاستيفاء منه ، لم يصح الرهن به ؛ لأن الارتهان استيفاء ، فإذا انتفى الاستيفاء انتفى الرهن والغرض منه وعليه فلا يصح الرهن بما يأتى (٣).

* **وبالقصاص فى النفس وما دونها :** أنه لا يجوز ؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ، ويجوز الرهن بأرش الجناية ؛ لأن استيفاءه من الرهن

== اللباب شرح الكتاب : (٢ / ٥) ، تكملة فتح القدير : (١٠ / ١٤٤) ، كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز : ص ٣٦٠، شرح مادة (٧١٠) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩٣ ، ١٩٧).

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٤٢) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ٤٠) ، كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز : ص ٣٦٠ ، ٣٦١ مادة (٧١٠).

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩٦) .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩٨ ، ١٩٩) .

ممكن فصح الرهن به [(١)].

* بالشفعة : أى لا يجوز أخذ الرهن من المشترى الذى وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة ،فلا يصح للشفيع أن يقول للمشترى : أعطنى رهنا بالدار المشفوعة؛ لأن حق الشفعة لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، فلم يصح الرهن به ، كما أن الشفعة ليست بمضمونة واجبة التسليم على المشترى ، بدليل أنه لو هلك العقار المشفوع فيه لا يجب عليه شيء [(٢)].

* بالكفالة بالنفس : أى إحضار شخص إلى مجلس القضاء ونحوه : لا يجوز الرهن بها ؛ لأن المكفول به لا يحتمل استيفاؤه من الرهن ، مثل أن يكفل زيد نفس خالد ، على أنه إن لم يواف به إلى سنة ، فعليه الألف الذى عليه ثم قدم خالد رهنا بالمال إلى سنة ، فالرهن باطل ؛ لأنه لم يجب المال بعد على خالد ؛ ولأن استيفاؤه المكفول به (وهو تسليم نفس من عليه الحق) من الرهن غير ممكن [(٣)].

* بأجرة على فعل محرم : كأجر النائحة أو المغنية أو الراقصة ، كأن استأجرها شخص ، وأعطاها بالأجرة رهنا ،، لا يصح الرهن لعدم صحة الإجارة ، فلا تجب الأجرة ، فكان الرهن بشيء غير مضمون ؛ لعدم مقابلته بشيء مضمون ، فلم يصح الرهن [(٤)].

الشرط الثالث : أن يكون الحق المرهون به معلوما : فلا يصح الرهن بحق مجهول ، فلو أعطاه رهنا بأحد دينين له ، دون أن يعينه ،لم يصح الرهن .

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩٩) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٤٣) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٤٣) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٩٩).

(٤) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٤٣) .

وأما المالكية فقالوا : يصح الرهن فى المرهون فيه وهو جميع الحقوق من بيع أو سلف أو غيرهما ، إلا ببدل الصرف ، ورأس مال السلم المتعلق بالذمة وذلك ؛ لأن الصرف من شرطه التقابض ،فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم .

فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى المسلم فيه ؛ لأنه دين ، والآية أجازت الرهن فى المداينة ، وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الأموال [١].

واشترطوا فى المرهون فيه : أن يكون دينا فلا يصح الرهن بالأمانة من وديعة ومضاربة .

* وأن يكون فى الذمة : فلا يصح الرهن بالمعين ومنفعته : ومثال الرهن فى شيء معين : أن يبيع شخص دابة ، ويأخذ المشترى من البائع رهنا على أنها إن استحقت أو ظهر بها عيب أتى له بعينها من ذلك الرهن .

ومثال منفعة المعين : أن يؤجر إنسان دابة معينة ، على أن يدفع المستأجر رهنا ، فإن تلفت أو استحقت أتى له بعينها ؛ ليستوفى العمل منها ؛ لاستحالة ذلك ، قال الدرديرى : وما كان ينبغى للأئمة - رضى الله عنهم - ذكر هذه المسألة إذ لا تتوهم وقوعها عاقل ، وأما إن أخذ رهنا على أن يستوفى قيمة المعين منه ، أو قيمة المنفعة فجائز [٢].

الشرط الثالث عند المالكية : أن يكون المرهون فيه لازما أو آيلا للزوم ،

---

(١) بداية المجتهد : (٢ / ٤٠٧ ، ٤٠٨) طبعة القاهرة ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٧، الشرح الكبير للدريرى : (٣ / ٢٤٥) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٢) .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٢٤٥) ،الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٢).

كالجعل بعد العمل ،فلا يصح الرهن فى نجوم الكتابة ،والجعل قبل العمل [١].

أما عند الشافعية : فيشترط فى المرهون به كونه دينا فلا يصح الرهن بالعين مضمونة كانت كالمغصوب أو أمانة كالمودع ومال القراض ؛ لأنه تعالى ذكر الرهن فى المداينة ، فلا يثبت فى غيرها ؛ ولأنها لا تستوفى من ثمن المرهون وذلك لغرض الرهن عند البيع .

ويشترط فى الدين المرهون به ثلاثة شروط :

أحدها : كونه ثابتا فلا يصح بغيره ، سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة زوجته فى الغد أم لا ، كرهنه على ما سيقترضه ؛ لأن الرهن وثيقة حق ، ، فلا يقدم عليه كالشهادة [٢].

ثانيها : كونه معلوماً للعاقدين ، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح كما فى الضمان والمعلومية تكون فى القدر والصفة .

ثالثها : كونه لازما أو آيلاً إلى اللزوم فلا يصح بما لا يلزم ولا يئول إلى اللزوم كمال الكتابة ؛ لأنه لا فائدة فى الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين ، فلا يصح بالعين المغصوبة فى الأصح ، والثانى يصح كضمانها ، ولا يصح الرهن بما سيقرضه ، ولا الرهن بنجوم الكتابة ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل[٣] .

---

(١) انظر الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٢) .

(٢) انظر مغنى المحتاج (٢ / ١٢٦) ، وحاشية البجيرمى على الخطيب والإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : الحاشية : (٣/ ٥٩) ، والإقناع : (١ / ٢٧٣) ، وكفاية الأخيار : (١ / ١٦٣) ، وروضة الطالبين : (٤ / ٥٣ ، ٥٤).

(٣) انظر مغني المحتاج : (٢ / ١٢٦) والمراجع السابقة فى المذهب.

وعند الحنابلة : يصح الرهن بكل دين واجب كقرض وقيمة متلف ، أو دين مآله إلى الوجوب كثمن فى مدة الخيار ، حتى يصح أخذ الرهن على العين المضمونة كالمغصوب ؛ لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق ،وهذا حاصل ، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها ، ولا يصح أخذ الرهن على دين الكتابة ؛ لعدم وجوبه،ولا علي جعل فى جعالة قبل العمل ؛ لعدم وجوبه(١). واشترطوا أيضا أن يكون الدين معلوما (٢).

وخلاصة الشروط السابقة : أن يكون المرهون به ثابتا ، معلوما للعاقدين لازما أو آيلا إلى اللزوم ، وأن يكون الدين عينا مضمونة بنفسها عند الحنفية والمالكية والحنابلة.

الشروط المتعلقة بالدين فى القانون : فهي أن يكون الدين مبلغا محددا فى عقد الرهن على الأقل فى حده الأقصى : فقد نصت المادة (١٠٤٠مدنى) على أنه : « يجوز أن يترتب الرهن ؛ ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين » (٣).

قال الدكتور السنهورى : « وهذا النص إنما يتكلم عن ديون قد يظن أنها لا تحمل قدرا كافيا من التحديد ، كالديون المستقبلة والديون الاحتمالية ،ولكنه

(١) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ٣٢٤ ، ٣٢٧)، المحرر فى الفقه على مذهب أحمد لمجد الدين أبى البركات عبد السلام بن أبى القاسم : (١ / ٣٣٥) ، السلسبيل فى معرفة الراجح من الدليل حاشية على زاد المستقنع للشيخ صالح بن إبراهيم البليهى : (٢ / ٤٩٠) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتى : (٢ / ٢٣١)

(٢) انظر كشاف القناع : (٣ / ٣٢٧) .

(٣) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥٣ .

وضع قاعدة لتحديدها بتعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين ، ونرى من ذلك أن الدين المضمون لا بد أن يكون محددا تحديدا كافيا حتى يكون الرهن مخصصا من ناحيته ، وإلا كان عقد الرهن باطلا ؛ لعدم التخصيص » (١).

مما سبق نرى أن القانون يمكن أن يكون الدين المضمون فيه (أى الذى يقدم فيه الرهن) ، حالا أو مستقبليا أو احتماليا ، وبالتالى يمكن ضمان اعتماد مفتوح ، أو فتح حساب جار ، ووقوع الرهن قبل وجود الدين صحيح عند المالكية والحنفية ، ولا يصح عند الشافعية والحنابلة (٢).

وعبارة الفقهاء فى أن يكون الدين معلوما صفة وقدرا أدق من عبارة القانون؛ لأنه يحدد الدين تحديدا وافيا ، بخلاف القانون الذى يجيز الرهن فى الدين الاحتمالى .

الشرط الثانى : أن يكون الالتزام موجودا : فقد نصت المادة (١٠٤٢ مدنى) على أنه : « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك » (٣).

قال الدكتور نعمان جمعة : « وهكذا يلزم لوجود الرهن وجود دين صحيح فلا يقوم الرهن إذا انعقد ضمانا لدين باطل بطلانا مطلقا ، أو كان قابلا

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى : (١٠ / ٣٧٠).

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٢٧) ، المهذب : (١ / ٣٠٥) ، حاشية الدسوقى: (٣ / ٢٤٥) ، كشاف القناع : (٣ / ٣٢١) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٨٤) .

(٣) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٥٤ .

للإبطال وتقرر إبطاله ، أو ضمانا لدين انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو المقاصة» [١].

والرهن الرسمى والحيازى فى ذلك سواء من ناحية الشروط فليست هناك شروط خاصة بالرهن الحيازي ؛لأنه قد نصت المادة (١٠٩٨ مدنى) على أنه: « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة (١٠٣٣) وأحكام المواد من (١٠٤٠) إلى (١٠٤٢) المتعلقة بالرهن الرسمى » [٢].

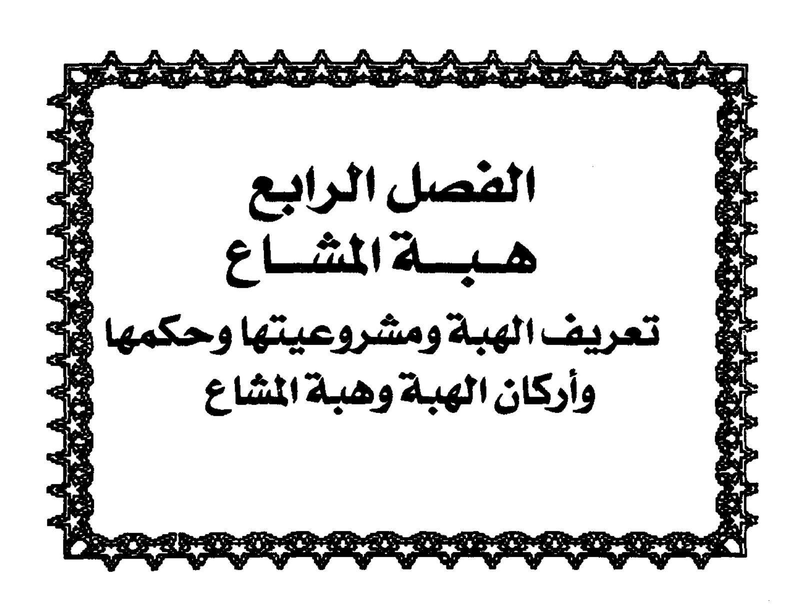
وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة (١٠٤٢) : أن هناك ارتباطا بين الرهن، والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع فإذا كان الدين صحيحاً صح الرهن ، وإلا فهو باطل ، وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعا له [٣].

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٤ ،١٥ .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٩٦ والحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ١٥٥ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى : (٧ / ٣٧).



الفصل الرابع

هبة المشاع

تعريف الهبة ومشروعيتها وحكمها وأركان الهبة وهبة المشاع

الهبة

تعريف الهبة لغة وشرعاً:

أولا لغة : جاء فى لسان العرب الهبة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض[١] .

وجاء فى المعجم الوسيط : وَهَب له الشيء يهبه وهْبا ووهَباً وهبة : أعطاه إياه بلا عوض [٢]

وقال الجرجانى فى التعريفات : الهبة فى اللغة : التبرع [٣] .

ثانيا شرعاً : جاء فى الدر المختار : الهبة تمليك العين مجاناً بلا عوض [٤]: وفى فتح القدير الهبة : تمليك المال بلا عوض [٥].

وعرفها المالكية بأنها : تمليك لذات بلا عوض لوجه المعطى فقط ، أو له ولثواب الآخرة معاً بقرينة ، والتمليك لذات بلا عوض لثواب الله تعالى فى الدار الآخرة صدقة [٦].

---

(١)لسان العرب لابن منظور : (٦ / ٤٩٢٩) مادة وهب .

(٢) المعجم الوسيط : (٢ / ١١٠١) مادة وهب .

(٣)التعريفات للجرجانى : (٢٢٨) .

(٤) انظر الدر المختار للحصكفى : (٤ / ٥٣٠- ٥٣١) .

(٥) انظر تكمله فتح القدير لأحمد بن الشيخ قودر : (٩ / ١٦) الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) وقد ألف الكتاب لجنة يرأسهم نظام الدين البرهانبورى .

(٦) انظر جواهر الإكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى : (٤ / ٢١١) . الشرح الصغير للدردير : (٤/ ١٣٩ - ١٤٠)، الشرح الكبير للدردير (٢ / ٩٧) .

وقال النووى فى المنهاج : الهبة « التمليك بلا عوض »[(١)].

وعند الحنابلة : تمليك فى الحياة بغير عوض [(٢)].

وعرفوها أيضاً بأنها : تمليك من جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً ، مقدوراً على تسليمه ، غير واجب فى الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً [(٣)].

والهبة تشمل الهدية والصدقة ؛ لأن الهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة ، وهى تمليك فى الحياة بغير عوض . فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج فهى صدقة ، وإن حملت إلى مكان المهدى إليه ؛ إعظاماً وتودداً فهى هدية ، وإلا فهى هبة [(٤)].

وبعد هذا : فإننا نرى أن المعنى اللغوى والشرعى متقاربان وأن الهبة عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً ، وهى من عقود التبرعات ، وهو ما دار عليه تعريف الفقهاء .

والقيود السابقة « وهى تمليك » احتراز عن العرية و « المال » ؛ لإخراج ما ليس بمال كالكلاب [(٥)] « والمقدور على تسليمه » ؛ لإخراج الحمل ، « وغير

---

(١) منهاج الطالبين وعمدة المفتين للنووى : (٢ / ٣٩٦) وهو مطبوع أعلى شرح مغنى المحتاج للمنهاج ومغنى المحتاج للخطيب الشربينى ، تكملة المجموع (١٦ / ٣٤٠)

(٢) المغنى : (٦ / ٢٤٦) ، الشرح الكبير على متن المقنع : (٦ / ٢٤٦)

(٣) انظر منتهى الإرادات لابن النجار : (٢ / ٢٢) ، كشاف القناع (٤/ ٢٩٨) .
شرح منتهى الإرادات للبهوتى : (٢/٢٢) ، الإنصاف للمرداوى (٧/ ١١٦ -١١٧) .

(٤) انظر الشرح الكبير على متن المقنع : (٢/٢٤٦) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٥)

(٥) قد تكون مالاً ككلاب الزرع والصيد والحراسة .

الواجب » ؛ لإخراج الديون والنفقات ، و « فى الحياة » ؛ لإخراج الوصية ، وبلا عوض « عقود المعاوضات » .

وقد عرف القانون فى المادة (٤٨٦/ ١) من التقنين المدنى الهبة بأنها « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض » .

وفى المادة (٤٨٦/ ٢) « ويجوز للواهب أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » ونرى من خلال تعريف القانون أنه مستمد من الفقه الإسلامى ، وقد نصت على ذلك المذكرة التوضيحية فقالت : « إن المشرع قد استمد الأحكام الموضوعية فى الهبة من أحكام الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا حيث قننت هذه الأحكام»(١).

والجزء الثانى من المادة السابقة يقرر أنه يجوز أن يشترط الواهب عوضاً لهبته ولا ينفى ذلك نية التبرع عند الواهب ، وقد تكلم الفقهاء عن الهبة بشرط العوض أو هبة الثواب ، على أنه إذا قال الواهب : وهبت لك هذا القلم على أن تعوضنى هذا الثوب ، اتفقوا على صحة هذا الشرط والعقد الذى اشتمل عليه ، واختلفوا في تكييف العقد ، فقيل : هو هبة ابتداء بيع ، انتهاء وقيل: هو بيع ابتداء وانتهاء (٢) .

مشروعية الهبة:

الهبة مندوب إليها دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع :

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية (٤/ ٢٤١) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦/ ١٣٢) ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ ، المهذب :(١/ ٤٤٧) ، مغنى المحتاج : (٢/ ٤٠٤)

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾[١].

قيل : ذلك إذا وهبت المرأة شيئاً من صداقها لزوجها [٢].

وقوله تعالى : ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾[٣].

وأما السنة : فقوله ﷺ : « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » [٤] وقوله : « العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه » [٥].

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها ؛ لأنها سبب من أسباب التواد والتحاب [٦] .

وقد نظم القانون المدنى عقد الهبة فى المواد من (٤٨٦ إلى ٥٠٤) .

حكم الهبة والرجوع فيها :

حكمها: الندب ؛ لأنها من أنواع المعروف والإحسان .

وأصل الحكم : هو ثبوت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض

---

(١)سورة النساء : (من آية ٤)

(٢)انظر مفاتيح الغيب للرازى : (٥/ ١٩) .

(٣)سورة البقرة : (من آية ١٧٧) .

(٤) موطأ مالك :(٢/ ٩٠٨) ، كتاب حسن الخلق باب فى المهاجرة .

(٥)صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥/ ٢٧٧) كتاب الهبة باب لا يحل لأحد ان يرجع فى هبته ، وانظر نصب الراية (٤/ ١٢٦) ، كتاب الهبة باب الرجوع فى الهبة

(٦) تحفة الفقهاء للسمرقندى : (٣/ ١٥٩) أسهل المدارك:(٣/ ٨٨) ، الفواكه الدوانى:(٢/ ٢١٦) ، مغنى المحتاج : (٢/ ٣٩٦) ، منار السبيل : (٢ / ٢١) .

وصفة الحكم : قال الحنفية - حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فيصح الرجوع والفسخ ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها » [1] أي يعوض ، فإنه عليه الصلاة والسلام جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض ، وإن تم القبض ، ولكن يكره الرجوع ؛ لأنه من باب الدناءة ، ولا يصح الرجوع إلا بالتراضي أوبقضاء القاضي : لأن الرجوع فسخ بعد تمام العقد [2]. .

وقال المالكية : يثبت الملك فى الهبة بمجرد العقد ، ويصبح لازماً بالقبض، فلا يحل فيها الرجوع إلا فيما وهبه الوالد لولده ، مالم يتزوج الابن، أو لم يستحدث ديناً ، أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وكل ذلك فى هبة التودد والمحبة [3].

وقال الشافعية والحنابلة : « لا يحل للواهب أن يرجع فى هبته ، إلا الوالد أعطى ولده ؛ بقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس لنا مثل السوء : العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه » [4]؛ وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لأحد

---

(١) سنن الدار قطنى :(٣/ ٤٣) كتاب البيوع من حديث أبى هريرة وفى التعليق المغنى على الدار قطنى : (٣/ ٤٣) فيه إبراهيم بن إسماعيل ضعيف

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦/ ١٢٧ - ١٢٨) وتلة فتح القدير : (٩/ ٣٩ـ٤٢) الفتاوى الهندية :(٤/ ٣٧٤ـ٣٧٥) والفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٢٦ـ٢٧)

(٣) انظر القوانين الفقهية لابن جزى :(٣١٥) وبداية المجتهد (٢/ ٣٣٢/ ٣٣٣) حاشية الدسوقى والشرح الكبير :(٤/ ١١٠) .

(٤)سنن النسائى : (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة رجوع الوالد فيما يعطى ، وله أصل عند البخارى ومسلم : صحيح مسلم بشرح النووى : (١١/ ١٧) كتاب الهبات باب تحريم الرجوع فى الصدقة

أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » [٢] وكالوالد سائر الأصول عند الشافعية [١] .

وبهذا يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن عقد الهبة لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا فى هبة الوالد لولده .

وقد أخذ القانون بالمذهب الحنفى فى جواز الرجوع فى الهبة إلا إذا قام مانع من الرجوع ، ولكن قيد هذا الحق بقيام عذر مقبول .

قال الدكتور السنهورى : « وقد سار التقنين المدنى الجديد على المذهب الحنفى - فى جواز الرجوع فى الهبة إلا إذا قام مانع من الرجوع - ،ولكنه اشترط في حق الرجوع بغير التراضى وجود عذر مقبول ، فقرر أن الأصل جواز الرجوع فى الهبة بالتراضى ،شأن الهبة فى ذلك شأن أى عقد آخر،ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى ، بأن الواهب يجوز له أن يرجع فى الهبة دون رضاء الموهوب له إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع ويترتب على الرجوع فى الهبة بالتقاضى أو التراضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن» .

فأخذ القانون المذهب الحنفى فى جواز الرجوع فى الهبة إذا لم يكن هناك مانع يمنع الرجوع ، وهى بهذا تعتبر عقداً غير لازم ، فالواهب يجوز له الرجوع رضاء وقضاء إذا استند إلى عذر مقبول فأحكام الرجوع ماعدا اشتراط

---

(١) سنن النسائى :(٦/ ٢٦٥) كتاب الهبة رجوع الولد فيما يعطى .

(٢) انظر المهذب (١/ ٤٤٧) ، ومغنى المحتاج : (٢/ ٤٠١) ، المغنى لابن قدامة :(٦/ ٢٩٥) وما بعدها.

(٣) أنظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٥/ ٢٢٤) .

وجود العذر مستمدة من الفقه الحنفى الذى يعتبر الرجوع مكروها ؛ لأنه من باب الدناءة ، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد ، ولا يصح الرجوع إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى ؛ لأن الرجوع فسخ للعقد ، ولا يجوز الرجوع عند وجود أحد موانع الرجوع السبعة وهى : (العوض ، أو تقديم بدل عن الهبة ، وموت أحد العاقدين ، وهلاك الموهوب فى يد الموهوب له أو استهلاكه ، والزيادة المتصلة كالبناء والغرس ، وتصرف الموهوب له فى الموهوب ، وكون الهبة من أجل الثواب من الله تعالى كالصدقة ، أو من أجل صلة الرحم ، أو صلة الزوجية) [١].

وقد نظم القانون المدنى الرجوع فى الهبة وموانع الرجوع فى المواد (٥٠٠ ـ ٥٠١) والآثار المترتبة على الرجوع فى المادتين (٥٠٣ - ٥٠٤) وجاء فى المذكرة الإيضاحية «والرجوع فى الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية ، فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضى أو التقاضى .. » ولكن بشروط [٢] .

أركان الهبة :

ركن الهبة عند الحنفية هو : الإيجاب والقبول قياساً ؛ لأنه عقد كالبيع، وكذا القبض ركن كما فى المبسوط ، وليس القبول ركناً من الموهوب له استحساناً عند بعض الحنفية .

ووجه القياس أن الهبة تصرف شرعى ، والتصرف الشرعى وجوده شرعاً باعتباره، وهو انعقاد فى حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب ، فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً .

ووجه الاستحسان : أن الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية : من المواد (٨٦٦ـ - ٨٧٤) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٤ / ٣٢٢)

(٢) انظر الأعمال التحضيرية : (٤ / ٢٤٢) .

شريطة القبول وإنما القبـول والقبض ؛ لثبوت حكمها لا لوجودهـا فى نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام[١] .

وأكثر شراح الحنفية على : الهبة لا يملكها الموهوب له إلا بالقبول والقبض، وهذا ما اختارته مجلـة الأحكام العدلية حيث نصت عليه أنـه : « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض »[٢] .

ومما سبق يتبين أن الركن عند الحنفية هـو الصيغة ، ولكن عند الجمهور كما سبق فى عقـد البيع هو : العاقدان ، والـصيغة والمحل ، ونأخذ ما سـار عليه الجمهور .

العاقدان :

يشترط فـى الواهب أن يكون حراً عاقـلاً ، بالغاً ، مالكـا ، مختارا ، أى لابد أن تتوفر الأهلية فى الشخص الواهـب لأن يهب بألا يكون محجورا عليه فيها ، وأهليته أن يكون ممن يملك التـبرع ؛ لأن الهبة تبرع ، فلا يملكها من لا يملك التبـرع ، وعلى ذلك فلا تجوز هبة الـصبى والمجنون والمعتوه والـسفيه ؛ لأنهم لا يملكون التبرع ؛ لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوى[٣] .

إذن بما أن الهبة تعتبر من العقود الضارة ضررا محضا بالواهب فلا يملكها إلا البالغ الرشيد .

(١) انظر المبسوط للسرخسى : (١٢ / ٤٧) ، تحفة الـفقهاء للـسمرقندى : (٣ / ١٦٠) ، بدائع الصنائع :(٦ / ١١٥)،تكملة فتح القدير لأحمد بن قودر : (٩ / ١٩) ، (شرح العناية على الهداية للبابرتى : (٩ / ١٩) ، وحاشية سعدى جلى : (٩ / ١٩) .

(٢) انظـر مجلة الأحـكام العـدلية : المادة (٨٣٧) ، ولـسان الحكـام لابن الشحـنة : ص٣٦٩ .

(٣) انظر الفتاوى الهنـدية : (٤ / ٣٧٤) ، بدائع الصنائع : (٦ / ١١٨ - ١١٩) ، حاشيـة الدسوقى لابـن عرفة : (٤ / ٩٨) ، الفواكـه الدوانى للـنفراوى : (٢ / ٢١٦) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٧) ، منار السبيل : (٢ / ٢١) .

وأما الموهوب له :

فهو كل إنسان ، ويشترط فى الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له من تكليف وغيره ، وأن غير المكلف يقبل له وليه .

ولا تصح الهبة لحمل ولا لبهيمة عند الشافعية ، ويجيز مالك الهبة للجنين وللمعدوم فيجوز أن يهب شخص ماله لحمل ويوقف المال الموهوب ، فإن ولد الجنين حياً وعاش كان المال الموهوب له ، وإن مات بعد ولادته حياً كان لورثته، وإن ولد ميتاً بقى المال على ملك الواهب ويجوز أيضاً عند مالك الهبة للمعدوم فلو قال الواهب : إن ظهر لفلان ولد فهذا المال له ، وفى هذه الحالة لا تكون الهبة لازمة ، فيجوز للواهب التصرف فيها قبل وجود الموهوب له[1].

أما فى القانون : فيتشدد فى أهلية الواهب ، ويتطلب أهلية التبرع ، وهى أقوى من أهلية التصرف ؛ لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً فالصبى غير المميز وهو من لم يبلغ السابعة كما أشارت المادة (٤٥ / ٢) غير أهل لأن يهب بل هو لا يستطيع التعاقد أصلاً ؛ إذ التعاقد يقوم على الإرادة ولا إرادة لعديم التمييز .

وإذا صدرت الهبة من المجنون والمعتوه تكون باطلة لا تلحقها الإجازة ، كما نصت على ذلك المادة (١١٤ / ١ مدنى) : « يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » .

والصبى المميز ليس أهلاً لأن يهب ؛ لأن الهبة ضارة ضرراً محضاً ، فالهبة

---

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣١٤ ، الشرح الصغير للدرديرى : (٤ / ١٤١) ، الشرح الكبير للدرديرى وحاشية الدسوقى لابن عرفة : (٤ / ٧٧) ، بداية المجتهد لابن رشد : (٢ / ٣٢٩) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٧) .

التى تصدر من الصبى المميز باطلة ولا ترد عليها الإجازة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١١١ / ١) ونصت المادة (١١٢ مدنى) أنه : « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، ولكن فى الفقه الإسلامى إذا بلغ الطفل هذه السن وكان بالغاً رشيداً يمكن له أن يهب ، وقد يكون فى هذه السن رشيداً فيملك أهلية التبرع .

وكذلك السفيه وذو الغفلة المحجور عليهما ، لا يملكان أن يهبا أموالهما والهبة التى تصدر منهما تكون باطلة ؛ لأنهما ينطبق عليهما ما ينطبق على الصبى المميز وهو ما نصت عليه المادة (١١٥ / ١) .

ولا يملكان التبرع إلا فى الوقف والوصية إذا أذنت المحكمة لهما بذلك وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦ / ١) .

والتصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

وهذا ما نصت عليه المادة (١١٥ / ٢) فإن القانون يعتبر سريان قرار الحجر من وقت تسجيل القرار وليس قبله وهذا يختلف فى بعض جوانبه عن الشريعة الإسلامية كما سبق أن بينا فى البيع .

أما البالغ الرشيد فهو من بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كما نصت على ذلك المادة (٤٤ / ٢) ، فمن بلغ هذه السن توافرت فيه أهلية التبرع ، ويستطيع عندئذ أن يهب[1] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٥ / ١٢١ - ١٢٥) .

وبعد . . فإننا نلاحظ التقارب فى شروط الواهب بين الفقه والقانون ؛ لأن القانون قد اقتبس كثيراً من أحكام الهبة من الشريعة الإسلامية كما سبق أن أشرنا.

وإذا كان القانون قد تشدد فى أهلية الواهب وتمسك بأهلية التبرع ، فعلى النقيض من ذلك تخفف فى أهلية الموهوب له ، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل اكتفى فيه التمييز ؛ لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً .

واشترط فقهاء القانون أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة فلا يكفى أن يكون موجوداً حكماً كالجنين فى بطن أمه فالهبة للحمل المستكن باطلة ؛ لأن الهبة إيجاب وقبول ، والجنين لا يقدر على القبول ، وليس له ولى يقبل عنه ، وهذا بخلاف الوصية والوقف فيتمان بإرادة منفردة ويصحان للحمل المستكن[1].

ويختلف القانون هنا مع فقهاء المالكية الذين يرون جواز الهبة للحمل وللمعدوم كما سبق بيانه .

وإذا كان الموهوب له صبياً غير مميز أو مجنونا أو معتوها لم يكن أهلا للقبول بنفسه ، ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه ، وإذا كانت الهبة لا تتم إلا بالقبض قبضها عنه ، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن المحكمة ؛ لأن الهبة بالنسبة للموهوب له نافعة نفعاً محضاً ، فالولى أو الوصى أو القيم ينوب عن المحجور عليه فى قبول الهبة وقبضها (مادة ٤٨٧ / ١)[2] .

وإذا كان الموهوب له صبياً مميزاً ، أو سفيهاً ، أو ذا غفلة فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة ، وجاز له أن يقبلها وحده ، وأن يقبضها دون إذن

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون للدكتور السنهورى : (٥ / ١٢٦ - ١٢٧ - ١٢٨) .
(٢) انظر السابق : (٥ / ١٣٠) .

الولى أو الوصى أو القيم ، ودون إذن المحكمة ؛ لأنها نافعة له نفعاً محضاً وهذا ما نصت عليه المادتان (١١١ / ١) ، (١١٥ / ١) من التقنين المدنى.

فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة، أما البالغ الرشيد فله أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد حتى ولو كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، وإذا كان غائباً قبلها عنه وكيله ، أو كان محكوماً عليه بعقوبة جنائية قبلها عنه القيم[1] .

والقانون فيما ذهب إليه من شروط فى الموهوب له يتفق مع ما قال به الفقهاء إلا أن القانون لا يجيز الهبة للحمل والمعدوم ويرى أنها باطلة ، ويرى المالكية أن الهبة للحمل والمعدوم جائزة ، كما فى الصور التى ذكروها من قبل، والحق ما ذهب إليه المالكية ؛ لأن الهبة تبرع فيوقف ما تبرع به إلى أن يولد الحمل ، فإن وجد أخذه ، وإن ولد ميتاً بقى المال على ملك الواهب ، وفى حالة الهبة للمعدوم لا تكون الهبة لازمة فيجوز للواهب التصرف فيها قبل وجود الموهوب له .

---

(١) انظر السابق : (٥ / ١٣١ - ١٣٢) .

صيغة الهبة:

وأما الصيغة : فكل ما يقتضى الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهبة والهدية والعطية والنحلة وغير ذلك ، والإيجاب إما صريح مثل أن يقول: وهبت هذا الشيء لك ، أو ما يجرى مجرى الصريح كقوله : ملكته منك ، أو جعلته لك أو هو لك ، أو أعطيته أو نحلته ، أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة ؛ لأن تمليك العين للحال أو جعلها من غير عوض هو معنى الهبة ؛ ولأن بقية الألفاظ تفيد التمليك فى الحال فى عرف الناس وفى استعمالهم ، وهذا فى الهبة المطلقة عن القرينة[1] .

وجاء فى الفتاوى الهندية : أن الألفاظ التى تقع بها الهبة أنواع ثلاثة : نوع تقع به الهبة وضعاً ، ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً ، ونوع يحتمل الهبة والعارية :

أما الأول : فكقوله : وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك ، أو جعلته لك، أو هذا لك أو أعطيتك أو نحلتك هذا ، فهذا كله هبة .

وأما الثانى : فكقوله : كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة، كذا لو قال : هذه الدار لك عمرى ، أو عمرك ، أو حياتى أو حياتك ، فإذا مت فهو رد على جازت الهبة وبطل الشرط .

وأما الثالث : فكقوله هذه الدار لك رقبى أو لك حبس ودفعها إليه فهى عارية عندهما وعند أبى يوسف - رحمه الله - هى هبة ، والأصل فى هذه المسائل أنه إذا أتى لفظ ينبىء عن تمليك الرقبة يكون هبة ، وإذا كان منبئاً عن

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦/ ١١١٥ - ١١١٦) ، والفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٨) ، والهداية للمرغينانى : (٩/ ٢٤ - ٢٦) .

تمليك المنفعة يكون عارية وإذا احتمل هذا وذاك ينوى فى ذلك[١] .

وكل ما يقتضى الإيجاب والقبول من قول أو فعل هو صيغة الهبة عند المالكية ، وقد تكون من لفظ الهبة كوهبت لك كذا ، أو من معناها كأعطيت وبذلت وخذ هذا ، أو بفعل وإن معاطاة كدفعه له مع قرينة تدل على تمليكه له[٢] .

وعند الشافعية : لابد من الإيجاب والقبول لفظاً كالبيع وسائر التمليكات ، ومن صريح الإيجاب وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ، ومن صريح القبول قبلت ورضيت وتملكت ، واستثنوا من ذلك الهبة الضمنية كأن يقول لغيره : أعتق عبدك عنى فيفعل فيدخل فى ملكه هبة ، ويعتق عليه ولا يحتاج إلى قبول ، وما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة لا يشترط فيه القبول ؛ لجريان العادة بذلك[٣] .

وتنعقد أيضاً عند الحنابلة بكل قول أو فعل يدل عليها ؛ لأنه ﷺ كان يهدى ويهدى إليه ، ويعطى ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول ، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً ؛ لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشهوراً ؛ ولأن دلالة الرضى بنقل الملك تقوم مقام الإيجاب والقبول ، وتحصل بكل ما يتعارفه الناس

---

(١) انظر الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤ - ٣٧٥) .

(٢) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ٩٦) ، والقوانين الفقهية : ص٣١٥ .

(٣) انظر روضة الطالبين للنووى : (٥ / ٣٦٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٧) ، المهذب : (١ / ٤٤٦ - ٤٤٧) .

هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها[١] .

وهذا يدل على أن الهبة تتم بكل لفظ أو فعل يدل على الهبة ، ولكن لا يتم هذا العقد إلا بالقبض ؛ لأنه من العقود العينية التى يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ، واشترط القبض فيها ؛ لأنها من عقود التبرع .

وما سبق يكون فى الإيجاب المطلق الذى من شروطه :

ألا يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك ، وألا يكون مضافاً إلى وقت بأن يقول : وهبت هذا الشىء منك غداً ، أو رأس شهر كذا ؛ لأن الهبة تمليك العين للحال ، وأنها لا تحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى وقت كالبيع ، ولا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع ، ولكن إن تراخى القبول عن الإيجاب فتصح مادام فى المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعها ، فإن تفرقا قبل القبول أو تشاغلا بما يقطعها بطل[٢] .

أما إذا كان الإيجاب مقترنا بقرينة الوقت (العُمْرَى) :

فإن قال : أعمرتك هذه الدار ، أو صرح فقال : جعلت لك هذه الدار عمرى ، أو قال : جعلتها لك عمرك ، أو قال : هى لك عمرك أو حياتك ، فإذا مت أنت فهى رد على ، أو قال : جعلتها لك عمرى أو حياتى فإذا مت أنا فهى رد على ورثتى ، فهذا كله هبة ، وهى للمعمر له فى حياته ولورثته

---

(١) انظر الإنصاف للمرداوى : (٧ / ١١٨ - ١١٩) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتى: (٢ / ٢٢ وما بعدها) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٨) ، الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣٦٦) ، كشاف القناع : (٤ / ٢٩٨) .

بعد وفاته والتوقيت باطل ؛ لقوله ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها ، فإن من أعمر شيئاً فإنه لمن أعمره »[١] .

ولقوله ﷺ : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فإنها للذى يعطاها ، لا ترجع إلى الذى أعطاها أبداً ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث »[٢] .

قال الشافعى : « وبهذا نأخذ ويأخذ عامة أهل العلم فى جميع الأمصار بغير المدينة وأكابر أهل المدينة »[٣] .

وقال الكاسانى : « وتدل النصوص السابقة على جواز الهبة وبطلان التوقيت؛ لأن قوله : جعلت هذه الدار لك أو هى لك تمليك العين الحال مطلقاً، ثم قوله : عمرى توقيتِ التمليك وأنه تغيير لمقتضى العقد ، وكذا تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع ، فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحاً »[٤] .

وبهذا أخذ الحنفية والشافعية والحنابلة[٥] .

---

(١) سنن النسائى : (٦ / ٢٧٤) ، كتاب العمرى باب اختلاف الناقلين لخبر جابر ، ومسند أحمد : (٣ / ٣١٧ ، ٣٧٤) ، من مسند جابر بن عبد الله ، وأخرجه مسلم بلفظ : « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حياً وميتاً ولعقبه » ، كتاب الهبة باب العمرى .

(٢) صحيح مسلم مع شرح النووى : (١١ / ٧٦ - ٧٧) ، وكتاب الهبة باب العمرى، وموطأ مالك : (٢ / ٧٥٦) ، كتاب الأقضية باب القضاء فى العمرى .

(٣) انظر الأم للإمام الشافعى : (٤ / ٦٣) .

(٤) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٦ - ١١٧) .

(٥) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٦ - ١١٧) ، والأم : (٤ / ٦٣) ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٨) ، منتهى الإرادات لابن النجار : (٢ / ٥٢) ، ومنار السبيل : (٢ / ٢٢) .

وأما المالكية : فقد أجازوا العمرى ، وعرفوها بأنها تمليك منفعة عقار أو غيره لشخص بغير عوض مدة حياته فإذا مات المعمر له رجع الشيء المعمر لمن أعمره له إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً [١].

وروى الإمام مالك عن يحيى بن سعيد ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا .

قال الإمام مالك : « وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أعمرها إذا لم يقل : هي لك ولعقبك »[٢] ، ونأخذ بما أخذ به الجمهور ؛ لقول النبي ﷺ : « العمرى ميراث لأهلها »[٣] .

وأما الإيجاب المقترن بشرط (الرُّقبى) :

فأبو حنيفة ومحمد والمالكية يبطلون الرقبى ؛ لأن الرقبى تعلق الملك بأمر له خطر الوجود والعدم ، والرقبى : المراقبة ، وهي أن يعطي إنسان آخر داراً أو أرضاً، فإن مات أحدهما كانت للحي ، فكلاهما يترقب وفاة صاحبه ولهذا سميت[٤].

ولها صور أخرى منها :

أن يقول الرجل للآخر : إن مت قبلك فداري لك ، وإن مت قبلي فدارك لي وهي غير جائزة ، أو كذوي دارين أو عبدين أو دار وعبد ، وقال كل

---

(١) انظر الشرح الصغير : (٤ / ١٦٠) ، والقوانين الفقهية : ص ٣١٩ - ٣٢٠ .

(٢) موطأ مالك : (٢ / ٧٥٦) ، كتاب الأقضية باب القضاء في العمرى .

(٣) صحيح مسلم مع شرح النووي : (١١ / ٨١) ، كتاب الهبات ، باب العمرى .

(٤) المعجم الوسيط مادة رقب .

لصاحبه : إن مت قبلى فهما لى ، وإن مت قبلك فهما لك ، المراد : إن مت قبلى فدارك مضمومة لدارى وإن مت قبلك فدارى مضمومة لدارك .

واحتجوا بما روى عن رسول الله ﷺ : « أجاز العمرى وأبطل الرقبى »[١]؛ لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم ، والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبته وصحت عاريته إن دفعها إليه وقال : هى لك رقبى[٢].

وقال أبو يوسف والشافعية والحنابلة : بجواز الرقبى ويلغى الشرط ويصح العقد فإذا قبضها الموهوب له ، فإن قوله : « رقبى وحبيسة » باطل ، واحتجوا بقوله ﷺ : « أنه أجاز العمرى والرقبى[٣] » ؛ لأن قوله : دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ، ولما قال : رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا [٤] .

وبهذا نرى أن أكثر الفقهاء قد أجازوا العمرى والرقبى على أنهما نوعان من

---

(١) انظر نصب الراية : (٤ / ١٢٨) ، كتاب الهبة ، قال الزيلعى : هذا حديث غريب.

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٦ - ١١٧) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ١٦٠) ، القوانين الفقهية : ص ٣١٩ - ٣٢٠ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير : (٤/ ١٦٢ - ١٦٣).

(٣) سنن أبى داود : (٣ / ٢٩٥) ، كتاب البيوع باب الرقبى ، بلفظ : « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها » ، وانظر نيل الأوطار : (٦ / ١٢ - ١٣) ، سبل السلام : (٣ / ٩١) .

(٤) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٩) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ٣٠٩) .

الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول ، ومنع الحنفية والمالكية الرقبى[١] .

وأما الإيجاب المقترن بالمنفعة (المنحة) : فكقوله : هذه الدار لك سكنى ، أو هذه الشاة ، أو هذه الأرض لك منحة فهى عارية فى قولهم جميعاً ؛ لأن المنحة عبارة عن بدل المنافع فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع بقائها عمل بحقيقته ، أما إذا أضاف إلى شىء لا ينتفع به إلا باستهلاكه كما إذا منحه طعاماً أو لبناً أو دراهم فإنه يكون هبة ؛ لأنه لا منفعة له مع قيام عينه ولهذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ، ويكون تمليك العين[٢] .

وتنعقد الهبة فى القانون بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له ، وهذا هو الانعقاد من حيث الموضوع ، فإذا صدر الإيجاب من أحد العاقدين فلابد أن يقبله المتعاقد الآخر ، وأن يكون ... القبول مطابقاً للإيجاب ، فقد نصت المادة (٤٨٧ / ١) على أنه : « لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه » .

قال الدكتور السنهورى : « جاء النص قاطعاً فى أن الهبة عقد لا إرادة منفردة، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له الهبة ، والسبب فى ذلك أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب ، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها ، ويصح أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا ، بل إن سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب إذا تمخضت الهبة لمصلحته يعتبر

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٠) .

(٢) انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ١٦٠) .

قبولا ،[١] وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨ / ٢ مدنى) .

وأما إذا كانت الهبة بعوض أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزاما معينا فإن السكوت فى هذه الحالة لا يعد قبولاً ، إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فى وقت مناسب »[٢] وهذا ما قالته المادة (٩٨ / ١ مدنى) .

ولكن القانون اعتبر الهبة عقداً شكلياً ، وللشكل أهمية بالغة فى خصوصها وهى لا تنعقد إلا إذا استوفت الشروط الشكلية ، وشكليتها أن يكون الإيجاب مكتوباً فى ورقة رسمية ويجب أن تشتمل على جميع عناصر الهبة ، وإذا لم تدون الهبة فى ورقة رسمية تدل على أن الواهب قد وهب للموهوب له تقع باطلة ، وقد نصت المادة (٤٨٨ مدنى) على الآتى :

(١ - تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تقم تحت ستار عقد آخر) .

(٢ - ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية) .

وبرر الدكتور السنهورى الشكلية فى عقد الهبة فقال : « إن الهبة عقد خطير لا يقع إلا نادرا ولدوافع قوية ؛ إذ يتجرد الواهب به عن ماله دون مقابل، فالواهب فى أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر وتعينه الشكلية على ذلك ، والورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، وما تستتبعه من جهر وعلانية، وما تستلزمه من وقت وجهد - نافعة كل النفع لحماية الواهب ولحماية

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٥ / ٣٨) .

(٢) انظر السابق : (٥ / ٤٠) .

أسرته ، بل وحماية الموهوب له نفسه ، فهى نافعة للواهب ؛ إذ هو فى الوقت الذى يتجرد فيه عن ماله دون مقابل فى حاجة إلى التدبر ؛ ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة ، وهى نافعة لأسرة الواهب ؛ إذ الواهب وهو يتجرد عن ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقهم فى تركته ، وقد يكون فى إجراءات الورقة الرسمية وعلانيتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيبصرونه بمغبة عمله ، والورقة الرسمية نافعة للموهوب نفسه ، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه »[١] .

« وإذا كان القانون قد استغنى فى المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض فذلك أثر من الآثار الباقية فى إيثار العقار على المنقول فى وجوه الحماية على أن القبض أكثر ملائمة لطبيعة المنقول وهو عمل مادى كفيل أن ينبه الواهب إلى خطر أقدم عليه ؛ إذ يتجرد به عن حيازة الشيء الموهوب »[٢] .

ومن خلال ما سبق نلاحظ اتفاق القانون مع الفقه فى أنه لابد من وجود إيجاب وقبول ، ولابد أن يكونا متطابقين ، وقد يكونا صريحين أو ضمنيين ، لكن الفقه الإسلامى يعتبر الهبة كسائر العقود الرضائية تنعقد بالإيجاب والقبول، لكن لا تتم الهبة ولا تثبت أحكامها بمجرد الإيجاب والقبول إلا إذا حصل تسليم العين الموهوبة التى هى موضوع العقد فلا يكفى فيها الإيجاب والقبول ، فيتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ؛ لأنها من عقود التبرع فلا يستطيع الموهوب له إجبار الواهب على تسليم الموهوب ، فالتنفيذ فى هذا

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٥ / ٥٨ - ٥٩ - ٦٠) .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٥ / ٦٠) .

العقد هو المولـد لآثار العقد ، والإرادة لا تعتبر ظاهرة بـاللفظ وحده دون هذا التنفيذ وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

وقد اشترط الفقهاء الأهلية فـي الواهب التى تجعله أهلا ؛ لأن يهب ، وأن الهبة قد تكـون علامة على الود والحب بين الواهب والمـوهوب له ، ولكنه لا مانع من تـسجيل إيجاب الواهب وقـبول الموهوب فى ورقة رسميـة ، احتراماً للطابع التبرعى لـلهبة الذى يميزها عن سائر التمليكـات ، والهبة لم تكن نادرة فى المجتمعـات الإسلامية كما قال الدكـتور السنهورى ، والمسلـمون مأمورون بالتهادى فيما بينهم ؛ إذ الهدية تولد الحب والتواد فيما بينهم ، وقد حث النبى ﷺ الأمة على ذلك .

شروط الهبة (الموهوب) :

أولاً : أن يكون الشـىء الموهوب موجوداً وقت الـهبة ، فلا يجوز هـبة ما ليس بموجـود وقت العقد ، بأن وهـب ما يثمر نخـله العام ، وما تلـد أغنامه السنة ونحو ذلك ، بخلاف الوصية ، والفـرق أن الهبة تمليك للحال ، وتمليك المعدوم محال ، والوصـية تمليك مضاف إلى ما بعـد الموت ، والإضافة لا تمنع جوازها[1] .

قال الكاسانـى : « وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجـارية ، وأما ما فى بطن هـذه الشاة أو ما فى ضروعـها لا يجوز ، وإن سلـطه على القبـض عند الولادة والحلب ؛ لأنه لا وجه لتصحيحـه للحال ؛ لاحتمال الوجود والعدم ؛

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) ، والمبسوط للسرخسى : (١٢ / ٧١) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ١٦٣ - ١٦٤) ، والفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) .

لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء فى البطن وغيره ؛ لأن التمليك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فبطل »[1] .

والأشياء السابقة لا تجوز : « لأن بعض هذه معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى فى المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محالاً للبيع »[2] .

« وكذلك لو وهب زبداً فى لبن ، أو دهناً فى سمسم ، أو دقيقاً فى حنطة لا يجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه ؛ لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل العقد للحال فلم ينعقد ، ولا سبيل إلا الإضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلاً »[3] فلا ينعقد إلا بالتجديد[4] .

أما هبة اللبن والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخيل فى الأرض والتمر فى النخيل ، فهى كهبة المشاع (الآتية) تقع فاسدة ، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له جاز ؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال ، إلا أنه لم ينفذ لمانع وهو كونه مشغولاً بغيره ، فإذا فصل فقد زال المانع ، فتجوز الهبة وتصير صحيحة[5] .

ووافق الشافعية والحنابلة الحنفية فى هذا الشرط ، حيث قال الشافعية : «وكل ما جاز بيعه جاز هبته ، وكل ما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) .
(٢) انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ١٦٣ - ١٦٤) .
(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) ، والمبسوط : (١٢ / ٧١) .
(٤) انظر المرجعين السابقين .
(٥) انظر الهداية : (٩ / ٣١) ، وشرح العناية على الهداية : (٩ / ٣١) ، والمبسوط : (١٢ / ٧١) ، وبدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) .

لغير قادر علـى انتزاعه ، وضـال وآبق فلا تجوز هبـته بجامـع أنها تمليـك فى الحياة»[١].

وقال الحنابـلة : « ولا تصح هبة مـجهول يتعذر عـلمه كالحمل فـى البطن واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم ؛ للجهالة وتعذر التسليم »[٢] .

ولكن المالكـية خالفوا ذلك فقالوا : « وتجـوز هبة ما لا يصح بيعـه كالعبد الآبق ، والبعير الشارد ، والمجهول ، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب»[٣].

« وتصح الهبة ، وإن كان المملوك القابل للنقل شرعاً مجهولاً ، أى مجهول العين أو القدر »[٤] .

وما قال به مالك قال به ابن تيميـة : أنه تجوز الهبة بالمجهول والمعدوم[٥] ، وما قاله مـالك وابن تيميـة يمكن أن يكون مقـبولا ؛ لأن الهبة عقـد تبرع إذا وجدت وقـبضت تمـت ، وإذا لم توجـد فلا شىء ، إذن يمـكن أن تجوز هـبة المجهول ؛ لأنه يجوز فى الهبة من التبسط والتوسعة مالا يجوز فى غيرها .

وقد اتفق القانـون مع قول جمهور الفقهاء فى هـذا الشرط ، فى أن الشىء الموهوب يجب أن يكون موجوداً وقت الهبة ، ولا تجوز هبة الأموال المستقبلية،

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٩٩) ، المذهب للشيرازى : (١ / ٤٤٦) .

(٢) انظر كشاف الـقناع : (٤ / ٣٠٦) ، منار السبيـل : (٢ / ٢١ - ٢٢) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ٢٥٥) .

(٣) انظر القوانين الفقهية : (٣١٥) .

(٤) انظر الشـرح الكبير للـدرديرى : (٤ / ٩٩) ، بداية المجتهـد لابن رشد : (٢ / ٣٢٩) .

(٥) انظر تيسير الفقه : (٢ / ٩٣٢) .

وتقع باطلة ، وقد نصت المادة (٤٩٢) من التقنين المدنى على ذلك « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة »[١] ، وهم يأخذون فى ذلك بالقواعد الموضوعية للهبة فى الفقه الإسلامى كما قال الدكتور السنهورى ، والسبب فى ذلك يرجع إلى ما تنطوى عليه هبة المال المستقبل من خطر [٢].

ثانيا : أن يكون مالا متقوما : « لا تنعقد هبة ما ليس بمال كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك ، ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب ؛ لكونهم أحراراً من وجه ؛ ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ، ولهذا لم يجز بيعها »[٣] .

ويتفق القانون مع الفقه فى أنه يشترط أن يكون الشيء الموهوب صالحاً للتعامل فيه وبخاصة غير مخالف للنظام العام ، أو الآداب[٤] .

مع الاختلاف بين الفقه والقانون فى المتقوم وغير المتقوم ، فإذا كان الشيء الموهوب مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، فلا يصح هبته ، وإذا تم كان العقد باطلاً وقد نصت على ذلك المادة (١٣٥) ، « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً » .

ثالثا : « أن يكون مملوكاً فى نفسه ، فلا تجوز هبة المباحات ؛ لأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال »[٥] .

---

(١) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص ١٠٨ .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون للسنهورى : (٥ / ١٤٠ - ١٤٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) ، الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) .

(٤) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٥ / ١٤٠ - ١٤١) .

(٥) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) ، الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) .

وقد نص القانون المدنى فى المادة (٨٧ / ٢) على أنه لا يجوز التصرف فى الأموال العامة أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم .

رابعاً : « أن يكون مملوكاً للواهب ، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه؛ لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك ، وسواء كان المملوك عيناً أم ديناً ، فتجوز هبة الدين لمن عليه ، وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضاً إن أذن له بالقبض »[1] .

أما فى القانون فقد نصت المادة (٤٩١ مدنى) على الآتى : « إذا وردت الهبة على شىء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ من التقنين المدنى » .

أى أن ما ينطبق على بيع ملك الغير ينطبق على هبة ملك الغير ، وقد بينا ذلك من قبل فى بيع ملك الغير (تصرف الفضولى)[2] .

خامساً : هبة المشاع :

من شروط الموهوب أن يكون محوزاً أى مفرزاً مقسوماً :

فلا تصح عند الحنفية هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة ، كالدار والبيت الكبير ، وتكون الهبة فاسدة ، فإن قسم المشاع وسلم جازت الهبة ، وهذا شرط صحة الهبة .

وتجوز الهبة إذا كانت مشاعاً لا يحتمل القسمة ، كالسيارة والحمام والبيت

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩) ، الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٤) ، وانظر الشرح الصغير : (٤ / ١٤١) ، أسهل المدارك : (٣ / ٨٧) ، حاشية الدسوقى: (٤ / ٩٨) .

(٢) راجع الوسيط للدكتور السنهورى : (٥ / ١٤٠ - ١٤١ - ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣).

الصغير ، وجواز الهبة للضرورة ؛ لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك ، ويكتفى بصورة التخلية مقام القبض .

قال الكاساني : من شروط الموهوب أن يكون محوزاً : « فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام ونحوها وهذا عندنا ، ولنا إجماع الصحابة - رضى الله عنهم - فإنه روى أن سيدنا أبا بكر - رضى الله عنه - قال فى مرض موته لسيدتنا عائشة - رضى الله عنها - : « إن أحب الناس إلى غنى أنت ، وأعزهم على فقراً أنت ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالى بالعالية ، وإنك لم تكونى قبضتيه ولا جذذتيه ، وإنما هو اليوم مال الوارث » ، اعتبر سيدنا أبو بكر - رضى الله عنه - القبض والقسمة فى الهبة لثبوت الملك ؛ لأن الحيازة فى اللغة : جمع الشىء المفرق فى حيز وهذا معنى القسمة ؛ لأن الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة ، والقسمة تجمع كل نصيب فى حيز »[1] .

« وأيضاً روى عن سيدنا عمر - رضى الله عنه - قال : « ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ، ولا يقسمها ، ويقول : إن مت فهو له ، وإن مات رجعت إلى ، وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثا لورثته » والمراد من الحيازة القبض هنا ؛ لأنه ذكر بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى إلى التكرار ، فأخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة »[2] .

---

(١) الموطأ : (٢ / ٧٥٢) ، كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل ، وانظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩ - ١٢٠) .

(٢) السابق : (٦ / ١٢٠) ، والأثر أخرجه بمعناه مالك فى الموطأ : (٢ / ٧٥٣) ، كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل ، وانظر المدخل الفقهى العام ==

« وروى أيضاً عن سيدنا على - رضى الله عنه - أنه قال : من وهب ثلث كذا ، أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعاً ؛ ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع القبض ؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض ، والتصرف فى النصف الشائع لا يتصور ، فإن سكنى نصف الدار شائعاً ، ولبس نصف ثوب شائعاً محال ، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف فى الكل ؛ لأن العقد لم يتناول الكل »(١) .

وقال الكاسانى أيضاً : « وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم ، إن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا ، إلا أن هناك ضرورة ؛ لأنه يحتاج إلى هبة بعضه ، ولا حكم للهبة بدون القبض ، والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ، ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة ؛ لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة إلى الجواز ، وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ، ولا ضرورة فيما يحتمل القسمة ؛ لأن المحل محتمل القسمة ، فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة »(٢) .

« أو نقول إن الصحابة - رضوان الله عليهم - شرطوا القبض المطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، وقبض المشاع قبض قاصر ؛ لوجوده من حيث الصورة دون المعنى ، إلا أنه اكتفى بالصورة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرناها ، ولا ضرورة فيما يحتمل القسمة ، فلزم اعتبار الكمال

= = الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء : (٣ / ٢١٦ - ٢١٧) .

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩ - ١٢٠) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٠) .

فى القبض ولا يوجد فى المشاع ؛ ولأن الهبة عقد تبرع فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان ؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة ، فيلزمه ضمان القسمة ، فيؤى إلى تغيير المشروع ، ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض ، كما أنه لو ملكه بنفس العقد ؛ لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم ، فيؤدى إلى إيجاب الضمان فى عقد التبرع وفيه تغيير المشروع، هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة ؛ لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع ؛ لأن الضمان ضمان القسمة ، والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق بينهما »[1] .

وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة تجوز من الشريك ومن الأجنبى[2] .

وعلى هذا فهبة المشاع فيما لا ينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة ؛ لأنها لا تمكن[3] .

---

(١) انظر السابق ، وانظر فى ذلك المبسوط : (١٢ / ٦٤ وما بعدها) ، كنز الدقائق للنسفى : (٧ / ٢٨٦) ، طريقة الخلاف فى الفقه للأسمندى : ص ٢٩١ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : (٧ / ٢٨٦) ، الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٨٦) ، الفتاوى الخانية لحسن بن منصور الأوزجندى : (٣ / ٢٦٧) بهامش الجزء الثالث من الفتاوى الهندية ، الفتاوى البزازية للكردرى : (٢ / ٢٣٩) ، بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ، لسان الحكام لابن الشحنة : ص (٣٦٩)، إيثار الإنصاف فى آثار الخلاف لسبط بن الجوزى : ص ٢٨٠ ، أحكام القرآن للجصاص : (٢ / ٢٦٠)، الهداية للمرغيناى : (٩ / ٢٧) وما بعدها ، تحفة الفقهاء : (٣ / ١٦١) .

(٢) انظر الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٨٦) .

(٣) انظر البحر الرائق : (٧ / ٢٨٦) .

وجاء في الفتاوى الهندية :

« وأيضاً فإنه يشترط أن يكون الموهوب مقسوماً ومفرزاً وقت القبض لا وقت الهبة ، بدليل أنه لو وهب له نصف الدار شائعاً ، ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر ، وسلم الكل تجوز » .

« وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز من الشريك أو من غيره ، ولو قبضها هل تفيد الملك ؟ فيها قولان : أحدهما لا يفيد الملك ، والآخر تفيد ملكاً فاسداً » .

« ويشترط في صحة هبة المشاع الذى لا يحتمل القسمة أن يكون قدراً معلوماً ، حتى لو وهب نصيبه من عبده ولم يعلم به لم يجز ؛ لأنها جهالة توجب المنازعة » .

« ولو وهب مشاعاً ثم أفرزه وسلمه صح ، والمفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارىء ، كما إذا وهب ، ثم رجع في البعض الشائع ، أو استحق البعض الشائع »[1] .

ومن هنا يتبين أن عند الحنفية هبة المشاع الذى يحتمل القسمة لا تجوز ، والذى لا يحتمل القسمة تجوز ، والهبة عندهم عقد منعقد موقوف نفاذه على القسمة .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إن هبة المشاع جائزة كالبيع ، فإن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع ،وصفة قبضه ، أن يسلم الواهب

---

(١) الفتاوى الهندية : (٤ / ٣٧٦) .

جميع الشيء إلى الموهوب له ، فيستوفى منه حقه ، ويكون نصيب شريكه فى يده كالوديعة[١] .

وهذا ما قاله فقهاؤهم فى ذلك :

قال النووى : « تجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره ، وسواء وهبه للشريك أو غيره »[٢] .

ويكون القبض فى العقار بالتخلية ، فى المنقول بقبض الجميع ، « فلو كان الموهوب مشاعاً ، فإن كان غير منقول فقبضه بالتخلية ، فقبضه بقبض الجميع ، وقال أصحابنا فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له ليكون فى يده وديعة ، حتى يتأتى القبض ثم يرده إليه ، فإن فعل فقبض الموهوب له الجميع ملك ، وإن امتنع قيل للموهوب له وكل الشريك فى القبض لك ، فإن فعل نقله الشريك وقبضه له ، فإن امتنعا نصب الحاكم من يكون فى يده لهما فينقله ليحصل القبض ؛ لأن لا ضرر فى ذلك عليهما »[٣] .

وقال الشيرازى : « وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع، لما روى عمير بن سلمة الضمرى، أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فإذا حمار عقير فقال: دعوه فإنه سيطلبه صاحبه، فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله : إنى أصبت هذا فشأنكم به، فأمر النبى ﷺ أبا بكر يقسم لحمه بين الرفاق»[٤]

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ١٥) .

(٢) انظر روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووى : (٥ / ٣٧٣) .

(٣) انظر السابق : (٥ / ٣٧٦) .

(٤) الموطأ : (١ / ٣٥١) ، ٢٠ كتاب الحج ، ٢٤ باب ما يجوز للمحرم ، مسند أحمد : (٣ / ٤١٨) ، مسند عمير بن سلمة ، والسنن الكبرى للبيهقى : (٦ / ١٧١) ، كتاب الهبة باب هبة المشاع ، الروحاء : موضع بين مكة والمدينة . ==

ولأن القصد منه التمليك ، والمشاع كالمقسوم فى ذلك »[١] .

وقال المالكية : « وتجوز هبة المشاع خلافاً لأبى حنيفة »[٢] .

« وإن الهبة تصح بالشىء المشاع وهو غير مميز عن جنسه ، ولم يكن على حدة كالنصف ، أو الثلث ، أو الربع ، أو غير ذلك من الأجزاء »[٣] .

وقال الحنابلة : « وتصح هبة المشاع من شريكه ومن غيره ، منقولاً كان لجزء من نحو فرس ، أو غيره كجزء من عقار ينقسم ، كالثوب ، أولا كالعبد لما فى الصحيح أن وفد هوازن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنم منهم ، فقال رسول الله ﷺ ما كان لى ولبنى المطلب فهو لكم »[٤] .

« ويعتبر لقبض المشاع إن كان منقولاً إذن الشريك ؛ لأنه لا يمكن قبضه إلا بقبض نصيب شريكه ، ويكون نصف القابض مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك مقبوض أمانة ، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه ، قيل للمتهب وكل الشريك فى قبضه لك ونقله ، فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما فينقله فيحصل القبض ؛ لأنه لا ضرر على الشريك فى ذلك ، وإن أذن شريكه له فى التصرف أى الانتفاع مجاناً فكعارية فى ضمانه إذا تلف ولو من غير

= حمار عقير : أى حمار وحشى معقور وذكر الإمام مالك فى حديثه : « أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم حتى إذا كان بالروحاء إذا حمار وحشى عقير ».

(١) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٤٤٦) ، والمجموع : (١٦ / ٣٤٤) ، وحلية العلماء للقفال : (٦ / ٤٧) .

(٢) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣١٥ .

(٣) انظر أسهل المدارك : (٣ / ٩٠) .

(٤) انظر سنن النسائى : (٦ / ٢٦٢) ، كتاب الهبة باب هبة المشاع .

تفريط، وإن كان أذن له فى التصرف بأجرة ، فإن شقصه يكون فى يد القابض أمانة كمأجور ، فلا ضمان فيه إن تلف بلا تعد ، ولا تفريط ، وإن تصرف الشريك بغير إذن شريكه ، أو قبضه بغير إذن الشريك فكغاصب ؛ لأن يده عادية »[١] .

وأيضاً فإن هبة المشاع جائزة صحيحة فيما ينقسم ، وفيما لا ينقسم للشريك ولغيره عند ابن حزم[٢] .

وعند الشيعة هبة المشاع جائزة وقبضه كقبض البيع[٣] .

أما فى القانون فهبة المشاع جائزة ، وقد اتفق القانون مع جمهور الفقهاء فى إجازة هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها وقد اختلف مع رأى الحنفية فى ذلك .

وتسرى على هبة جزء شائع فى شىء معين بالذات ، كهبة نصف الدار فى الشيوع القواعد العامة فى التصرف فى المال الشائع ، وتنص الفقرة الأولى من المادة (٨٢٦) من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ،وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » ، فيجوز إذن للمالك فى الشيوع أن يتصرف فى ماله الشائع بالبيع والهبة وسائر التصرفات ،

---

(١) انظر كشاف القناع : (٤ / ٣٠٥ - ٣٠٦) ، وانظر فى ذلك : منتهى الإرادات لابن النجار : (٢ / ٢٤ - ٢٥) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتى : (٢ / ٥٢٢)، والإنصاف للمرداوى : (٧ / ١٢٦ - ١٣١) ، والمغنى لابن قدامة :(٦ / ٢٥٣ - ٢٥٤) ، والإفصاح لابن هبيرة : (٢ / ٥٧) .

(٢) انظر المحلى لابن حزم : (٩ / ١٤٩ - ١٥٠) .

(٣) انظر شرائع الإسلام : (٢ / ٢٣٠) .

ومن ثم تكون هبة المال الشائع جائزة »[1] وتصرف الواهب يكون على أنواع :

هبة الحصة الشائعة فى حالة الشيوع :

« إذا وهب المالك فى الشيوع حصته الشائعة ، أو بعض هذه الحصة ، وهى فى حالة الشيوع ، انتقل ما وهبه شائعا إلى الموهوب له فى حالة الشيوع التى كانت عليها الحصة ، وهى فى ملك الواهب ، فمن يهب مثلاً ثلث الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثلث فى الشيوع للموهوب له ، ويصبح هذا خلفاً خاصاً للواهب ، ويحل محله فى الثلث الشائع ، فيصير مالكاً لثلث الدار فى الشيوع مع الملاك الشائعين الآخرين »[2] .

وهذا هو ما قاله فقهاء الفقه الإسلامى .

هبة جزء مفرز من المال الشائع :

قد يهب المالك على الشيوع جزءاً من المال الشائع ، مثل أن يهب المالك لثلث الأرض فى الشيوع جزءاً مفرزاً من هذه الأرض الشائعة يعدل ثلثها ، وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى نصا عاماً يشمل جميع التصرفات التى تقع على جزء مفرز من المال الشائع ، سواء كان التصرف بيعاً أم هبة ، أو غير ذلك، وهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف »[3] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٥ / ١٥٥) .

(٢) انظر السابق : (٥ / ١٥٧) .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٥ / ١٥٧) .

وإذا وهب المالك في الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فإنه يكون قد وهب ما يملك وما لا يملك ، ويجب التمييز بين حالتين :

فإما أن يكون الموهوب له عالماً بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذى يهبه وإنما يملك فيه حصة على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك . ففى الحالة الأولى : يكون المفروض أن الموهوب له قد قبل هبة الجزء المفرز ، أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب الواهب عند القسمة ، فإذا لم يقع الموهوب فى نصيب الواهب عند القسمة ، ووقع بدله جزء آخر ، تحول حق الموهوب له بحكم الحلول العينى إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الواهب ، طبقاً للأحكام الواردة فى المادة (٨٢٦) السابقة من القانون المدنى ، وفى الحالة الثانية : إذا كان الموهوب له يجهل أن الواهب إنما يملك فى الشيوع ، فقد وقع فى غلط جوهرى ، وتكون الهبة قابلة للإبطال .

وتظهر مصلحة الموهوب له فى إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض ، أو مقترنة بشرط ، أو التزامات ، ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب الموهوب له إبطال الهبة فوقع الجزء المفرز فى نصيب الواهب ، فإن الهبة تنقلب صحيحة كما قدم فى البيع[1] .

هبة الشريك كل المال الشائع :

وإذا وهب الشريك كل المال الشائع ، وكان الموهوب له وقت الهبة يعتقد أن المال مملوك للواهب وحده ، فإن الهبة تكون قابلة للإبطال فى حصة الشريك الواهب ، للغلط الجوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء ؛ لأن هبة الشريك لها هى هبة لملك الغير[2] .

---

(١) انظر السابق : (٥ / ١٥٨) .

(٢) انظر الوسيط : (٥ / ١٥٨) ، ونحيل هذه الجزئية على ما ذكرناه فى بيع ==

وحكم هذه الهبة بالنسبة إلى سائر الشركاء فى الشيوع ، هو نفس الحكم الذى قرر فى البيع .

إذن لا مانع من صحة الهبة فى المشاع ، وحلول الموهوب له محل الواهب فى ملك الحصة الشائعة ، بدليل أن فقهاء الحنفية أنفسهم قد تسامحوا بذلك فيما لا يحتمل القسمة بالنسبة للهبة ، وخاصة أن الأحكام القانونية اليوم تقتضى صحة هبة الحصة الشائعة فى العقار ،والمنقول مطلقاً بلا تفصيل[١] .

ويصبح الموهوب له شريكاً لشركاء الواهب ، ويحل محله فيما وهبه له، وبذلك تكون هبة الشريك حصته الشائعة من الشريك ، أو غيره جائزة ، وفى هذا يتفق القانون مع ما قاله جمهور الفقهاء .

سادساً : من شروط الموهوب :

أن يكون الموهوب متميزاً عن غيره ، ليس متصلاً به ، ولا مشغولاً بغير الموهوب ؛ لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف فى المقبوض لا يتحقق مع شغل الموهوب بغيره[٢] .

وبناء على ذلك لو وهب شخص أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو زرعاً دون الأرض ، أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة بها دون الثمرة ، أو ثمرة النخل دون النخل لا يجوز ؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء، فمنع صحة القبض ، وأيضاً الموهوب متصل بغيره اتصال خلقة مع

= الشريك كل المال الشائع : ص ١٩٤ .

(١) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٨٠) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٥) ، المبسوط : (١٢ / ٧٢) ، لسان الحكام لابن الشحنة : ص ٣٧٠ .

إمكان القلع ، فقبض أحدهما غير ممكن فيما له الاتصال ، فيكون بمنزلة المشاع الذى يحتمل القسمة ، ولو جذ الثمر وحصد الزرع ، ثم سلمه فارغاً جاز؛ لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك قد زال(١) .

فهبة المشغول لا تصح بخلاف الشاغل ، وهبة المتصل بغير الهبة اتصال خلقة مع إمكان الفصل لا تجوز ؛ لأن معنى القبض لا يتحقق مع شغل الموهوب بغيره أو اتصاله بغيره .

ويمكن أن ينطبق على هذا الشرط ما ينطبق على هبة المشاع فيما قلناه من قبل .

وتسرى على هذا الشرط فى القانون ما يسرى على محل العقد بوجه عام فتكون الهبة خالية من الشاغل ؛ لأنى لم أجد نصاً يجيز أو يمنع هبة الشيء المشغول بغيره أو المتصل به ، وإذا تمت واختلفا فالأمر يرجع فى ذلك للإثبات، فإذا ثبت أن الواهب كان ينوى هبة الشىء بما يحويه ، فالهبة تكون شاملة للمشغول ، أما إذا ثبت عكس ذلك ، فالهبة تكون قاصرة على الشىء الموهوب دون الشاغل ، ويكون للموهوب له المطالبة بالمشغول ، والأمر فى ذلك متروك لقاضى الموضوع مادام فهمه للواقع واستخلاصه له سائغاً .

سابعاً : قبض الموهوب :

وقبض الموهوب : أى أن يكون الموهوب مقبوضاً فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، بل لا تتحقق الهبة إلا بالقبض وقد اختلف الفقهاء فى بيان أصل القبض أنه شرط أم لا :

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٥) ، المبسوط : (١٢ / ٧٢) ، لسان الحكام لابن الشحنة : ص ٣٧٠ .

فقال الحنفية والشافعية : القبض شرط للزوم الهبة ، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، لقوله ﷺ « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة »[١] . ولما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت : « إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا[٢] من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقراً بعدى منك ،وإنى كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً ، فلو كنت جددتيه[٣] واحتزتيه كان لك ..... »[٤] .

فلو كانت قبضته لكان لها ذلك ، فهذا نص فى اشتراط القبض للزوم الهبة، وقال عمر - رضى الله عنه - : « ما بال أقوام ينحلون أبناءهم نُحْلا ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال : مالى بيدى لم أعطه أحداً ، وإن مات هو قال : هى لابنى قد كنت أعطيته إياه ، من نحل نحلة ، فلم يحزها الذى نُحلها حتى يكون إن مات لورثته فهى باطل »[٥] .

وهو قول الخلفاء الراشدين ، فالهبة عندهم لا تجوز إلا مقبوضة محوزة ، ولم يرد عن غيرهم خلافه ؛ لأنها عقد تبرع ، وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، ولو صحت أيضاً بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم ، فتصير عقد ضمان ، وهذا

(١) السنن الكبرى للبيهقى : (٦ / ١٧٠) ، كتاب الهبات باب شرط القبض .

(٢) أى يريد نحلا يجد منه عشرين وسقا ، يقال جذ النخل جذا أو جداداً قطع ثمره ، المعجم الوسيط مادة جد .

(٣) جددتيه : أى قطعتيه .

(٤) موطأ مالك : (٢ / ٧٥٢) ، (٣٦) كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل .

(٥) موطأ مالك : (٢ / ٧٥٣) ، نفس الكتاب والباب السابقين .

تغيير المشروع بخلاف الوصية ؛ لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت[١] .

وقال الحنابلة : أما المكيل والموزون الذى لا يتميز إلا بالكيل ، والوزن فلا تلزم الهبة منه إلا بالقبض »[٢]؛ لإجماع الصحابة على ذلك وهو أكثر الفقهاء .

أما غير المكيل والموزون ففيه روايتان : إحداهما أن حكمه حكم المكيل والموزون فى أنه لا يلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم ، والثانية : أنها تلزم بمجرد العقد ، ويثبت الملك فى الموهوب به قبل قبضه [٣].

وقال المالكية : لا يشترط القبض لصحة الهبة ، ولا للزوم الهبة ، وإنما هو شرط لتمامها ،أى لكمال فائدتها ، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أى القول ، على المشهور عندهم والقبض والحيازة لتتم الهبة ، قال ابن رشد : «تنعقد الهبة بالقول ويجبر على إقباضها كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب ، أو مرض بطلت الهبة ، فالقبض عند مالك فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة »[٤] .

وقال ابن جزى : « وعلى المذهب تنعقد الهبة وتلزم بالقول ، ويجبر الواهب على إقباضها ، فإن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة ، إلا إذا كان

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٣) ، الهداية : وفتح القدير : (٩ / ٢٠ - ٢١)، لسان الحكام : (٣٦٩) ، حاشية أبى السعود : (٣ / ٢١٨) ، حلية العلماء للقفال: (٦ / ٤٨) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٥) ، المهذب : (١ / ٤٤٧).

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع لأبى الفرج عبد الرحمن بن قدامة : (٦ / ٢٥٠) .

(٣) انظر السابق : (٦ / ٢٥١) ، وانظر المغنى : (٦ / ٢٤٦ - ٢٥٠)، منار السبيل: (٢ / ٢٥) ، منتهى الإرادات : (٢ / ٥١٩ - ٥٢٠) .

(٤) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٣٢٩) ، حاشية الدسوقى : (٤ / ١٠١) .

الطالب جاداً فى الطلب غير تارك ، وإن مرض بطل الحوز »[1] .

والصحيح ما ذهب إليه الجمهور فى قبض الهبة ؛ لأنها من عقود التبرع ، ومن العقود العينية التى يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين .

أما فى القانون:

فقد قلنا من قبل إن الهبة عقد شكلى ، فلا تتم إلا بأن تكون مسجلة بورقة رسمية ، وقد نصت المادة (٤٨٨) من التقنين المدنى[2] .

« ١ - تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » .

فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فإما أن تتم بورقة رسمية ، وإما أن تتم بالقبض ، ويغنى القبض فى هذه الحالة عن الورقة الرسمية ، وبهذا يتبين أن الموهوب له لا تنتقل له ملكية الموهوب فى العقار ، إلا بأن يكون مسجلاً في ورقة رسمية ، فإذا تم التسجيل انتقلت له الملكية وتمت الهبة فى هذا العقار ، ويتم التسليم بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له فى الزمان والمكان المعينين ويكون على النحو الذى يتفق مع طبيعة الموهوب .

---

(١) انظر القوانين الفقهية : (٣١٦) ، الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ١٠١) ، الشرح الصغر للدرديرى : (٤ / ١٤٣) ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير : (٤ / ١٤٣) .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص ١٠٧ - ١٠٨ .

أما فى المنقول فقد تتم الهبة بورقة رسمية كما فى العقار أو أنها تتم بالقبض، والقبض فى المنقول يقوم مقام التسجيل فى العقار »[1] .

والقانون فى المنقول يتبع الشريعة الإسلامية ، ويكون التسليم بوضعه تحت تصرف الموهوب له ، ويكون عادة بمناولته إياه يداً بيد إذا تيسر ذلك ، وقد رأينا عند الفقهاء أن الهبة تتم بالقبض عند الحنفية ، والشافعية ، وتتم بالعقد عند المالكية والقبض لتمامها ، وبالقبض فى المكيل والموزون عند الحنابلة ، وبالعقد فى غير المكيل والموزون فى أحد الروايتين ، ويكون القبض فيما لا ينقل بالتخلية وفيما ينقل بالنقل ، ولا مانع عند الفقهاء من تسجيل هذا العقد؛ للتأكد من تبرع الواهب ، لكن لو أن كل من يريد أن يهب شيئاً لغيره أمرناه أن يسجل ذلك لصعب ذلك على الناس ، وإنما الأساس هو القبض،فإذا قبض الموهوب له ما وهبه له الواهب تمت الهبة ، والهبة ينبغى أن يكون فيها من التبسط والتوسعة على الناس ، والإسلام قد أمر الناس بالتهادى ولكن لا مانع فى العقار من تسجيله لتنظيم هذا العقد،وحتى لا يؤدى إلى المنازعات بين الناس .

ثامناً : يشترط لصحة القبض عند جمهور العلماء ، أن يكون بإذن الواهب:

فلو قبض بلا إذن لم يملكه ، ودخل فى ضمانه ؛ لأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ؛ ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض فى البيع ، ففى الهبة من باب أولى ؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها بعكس البيع[2] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٥ / ٥٦ ، ١٩٠) وما بعدها .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٣ - ١٢٤) ، لسان الحكام لابن الشحنة : (٣٦٩).

قال الخطيب : « ولابد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه ، إن لم يقبضه الواهب سواء كان في يد المتهب أم لا ، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ، ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده[١] .

وقال ابن قدامة : « والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها ، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض »[٢] .

وقال ابن ضويان : « وتلزم بالقبض بشرط أن يكون بإذن الواهب »[٣] .

« إلا أن الحنفية قالوا : القياس ألا يجوز قبض الهبة إلا بإذن الواهب ، سواء تم القبض في مجلس العقد ، أم بعد الإفتراق ، والاستحسان أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب جاز ، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، ووجه القياس : أن القبض تصرف في ملك الواهب ؛ لأن ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه ، ووجه الاستحسان : أن القبض في الهبة بمنزلة القبول ؛ لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك والمقصود من الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطا للموهوب له على القبض ، فكان إذناً دلالة ، وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه ، إلحاقاً بالقبول ، والقبول يتقيد بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به » [٤].

وقال المالكية : وتحصل حيازة الموهوب له للشيء الموهوب إذا حصل إذن من

---

(١) انظر مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) ، حلية العلماء للقفال : (٦ / ٤٨) .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : (٦ / ٢٤٨) .

(٣) انظر منار السبيل : (٢ / ٢٥) .

(٤) انظر الفقه الإسلامي وأدلته : (٥ / ٢٢) ، لسان الحكام : (٣٦٩) .

الواهب ، ويصح أيضاً القبض ولو بلا إذن من الواهب ، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من القبض حيث طلبه ؛ لأن الهبة تملك بالقول على المشهور عندهم[١] .

والقبض قد يكون بطريق الأصالة فيقبض الموهوب له بنفسه لنفسه ، وقد يكون القبض بطريق النيابة عن الغير ، إذا لم تتوفر فى الموهوب له الأهلية[٢] .

أما فى القانون فكما بينا من قبل أن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، وفى المنقول بالقبض ، ويكون التسليم والتسلم الفعلى للمنقول عادة بالمناولة ، فيناول الواهب الموهوب له المنقول الموهوب يداً بيد ، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له فتتم الهبة بالقبض إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مناولة مادية ، وإذا كان الموهوب حقاً شخصياً حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع ، فالقبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له ليتمكن من استعماله ، فالقبض فى هبة المنقول يتكيف بحسب طبيعة المبيع[٣] .

وهذا ما قضت به المادة (٤٣٥ مدنى)[٤] .

---

(١) انظر حاشية الدسوقى لابن عرفة : (٤ / ١٠١) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٢٦) ، بداية المجتهد:(٢ / ٣٣٠) ، المغنى :(٦ / ٢٥٨ وما بعدها) .

(٣) انظر الوسيط : (٥ / ٧٤ - ٧٥) .

(٤) انظر نص المادة : « ١ - أن يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع».

« ٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة ==

وإذا كان الموهوب عقاراً يكون تسلمه بأن يضع الواهب العقار تحت تصرف الموهوب لـه ويكون ذلك بتخلية الموهوب ، فإن كان الموهوب داراً يسكنها الواهب وجب على الواهب أن يخليها ويخرج ماله فيها ، ويكون تسلم كل موهوب بما يتفق مع طبيعته[١] .

وقد يتسلم الموهوب له بنفسه ، وقد ينوب عنه فى التسلم وسيط ، ويكون الوسيط نائباً عن الموهوب له فى تسلم الموهوب[٢] .

والمناولة أو التسليم بمثابة إذن الواهب التى نص عليها الفقهاء من قبل ، فنرى أن القانون يتفق مع قول جمهور الفقهاء فى أنه لابد من الإذن من الواهب فى قبض الموهوب ، وأن الموهوب له يمكن أن يقبض الموهوب بالأصالة ،أو أنه يمكن أن يقبضه له غيره عنه بطريق النيابة .

= المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

(١) انظر الوسيط : (٥ / ١٨٩) .

(٢) السابق : (٥ / ٧٤ - ٧٥) .



الفصل الخامس

إيـــداع المشـــاع

تعريف الوديعة - مشروعية الوديعة

حكم الوديعة - أركان الوديعة - وديعة المشاع

الوديعة

أولاً : تعريفها لغة وشرعاً :

إن الوديعة فعيلة بمعنى مفعـولة ، مشتقة من الودع ، وهو الترك ، عن ابن عباس - رضى الله عـنهما - أن النبى ﷺ قـال : « لينتهين أقـوامٌ عن وَدْعِهِم الجمعات »[١] أى عن تركهم إياها .

وسميت الوديعة بها ؛ لأنها شىء يترك عند الأمين[٢] .

وقال الحصكفى : الوديعة شرعاً هى تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً ، أو دلالة[٣] .

وعرفتها مجلة الأحكام العدليـة بأنها : « هى المال الذى يوضع عند شخص لأجل الحفظ »[٤] .

وعرفت فى مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة: « هى ما تترك عند الأمين للحفظ فقط مالاً أو غيره »[٥] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى : (٦ / ٤٠١ - ٤٠٢) ، ٧ كتاب الجمعة ، ١٢ باب التغليظ فى ترك الجمعة ، سنن النسائى : (٣ / ٨٨) ، كتاب الجمعة باب التشديد فى التخلف عن الجمعة ، سنن ابن ماجه : (١ / ٢٦٠) ، كتاب المساجد باب التغليظ فى التخلف عن الجماعة ، مسند أحمد : (١ / ٢٣٩) من مسند عبد الله ابن عباس .

(٢) تكملة فتح القدير : (٨ / ٤٨٤) ، شرح العناية على الهداية : (٨ / ٤٨٤) .

(٣) انظر الدر المختار للحصكفى : (٥ / ٥١٥) ، مجمع الضمانات : لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ص ٦٨ .

(٤) كتاب شرح المجلة والمجلة لسليم بن رستم باز : ص ٣٩٦ مادة (٧٦٣) .

(٥) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية ، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة ==

وعرفت عند المالكية بأنها : « استنابة فى حفظ المال »[١] أو هى : « مال وكل على حفظه »[٢] وهى كذلك عند الشافعية[٣] .

وعرفها الحنابلة بأنها : « المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض »[٤] .

وكل التعريفات تدور على أن الوديعة : مال يعطى للغير ليحفظه بلا عوض على أن يرده عيناً ، وبهذا أخذ القانون فى المادة (٧١٨ مدنى) حيث عرف الوديعة بأنها : « عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يرده عيناً » .

مشروعيتها :

الأصل فى مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا .... ﴾[٥] وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾[٦] .

وأما السنة : فقول الرسول ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من

= = الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية : (٢ / ٤٧٣) .

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣٢١ حاشية الشيخ على العدوى على شرح الخرشى لمختصر خليل : (٦ / ١٠٨) .

(٢) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٦ / ١١٣) .

(٣) انظر النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للركبى : (١ / ٣٥٨) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٧٦) ، حاشية البجيرمى على شرح المطيب : (٣ / ٦٤) .

(٤) انظر منتهى الإرادات : (١ / ٥٣٦) ، كشاف القناع : (٤ / ١٦٦) .

(٥) سورة النساء من آية (٥٨) .

(٦) من سورة البقرة آية (٢٨٣) .

خانك »[١] وأداء الأمانات من علامات الإيمان وعمل المؤمنين ، وأما الخيانة: فهى من علامات النفاق وعمل الفساق .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على حسن الإيداع ، والمعنى يقتضيها لحاجة الناس إليها ؛ لأنه يتعذر عليهم حفظ جميع أموالهم بأنفسهم[٢] .

وقد نظم القانون المدنى عقد الوديعة فى المواد من (٧١٨ - ٧٢٨ مدنى) .

حكمها :

الوديعة عقد جائز من الطرفين ؛ لأنها نوع من الوكالة ، فلكل واحد منهما حلها متى شاء[٣] .

« وطالما أنها عقد جائز ، فإنه ينفسخ بموت أحدهما ، وإغمائه وجنونه ، وحجر السفه ، والجحود المضمن ، ونقل الملك عن الوديعة »[٤] .

ولكن ينبغى أن تراعى المصلحة فى كل ذلك ، فليس بمجرد الإغماء أو الموت ترد الوديعة .

---

(١) سنن أبى داود : (٣ / ٥٦٤) ، كتاب البيوع باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، سنن الترمذى : (٣ / ٥٦٤) ، كتاب البيوع باب أد الأمانة إلى من ائتمنك .

(٢) انظر شرح العناية على الهداية للبابرتى : (٨ / ٤٨٤) ، أسهل المدارك للكشناوى: (٣ / ٣٢) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٦) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٧٩) ، كفاية الأخيار : (٢ / ٧) ، كشاف القناع : (٤ / ١٦٦ - ١٦٧) ، منار السبيل : (١ / ٤٤٦) .

(٣) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣٢١ ، كشاف القناع : (٤ / ١٦٧) ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد : ص ٤٥٢ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٣٠٧ .

(٤) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب : (٣ / ٧٦) .

وقد يعرض الوجوب لها : كخائف فـقدها الموجب لهلاكه أو فقره ، إن لم يودعها ، مع وجود قابل لها يقدر على حفظها .

وقد تكون محرمة : كإيداع الغاصب الشيء المغصوب عند من لا يقدر على جحدها ليردها لربها أو للفقـراء ، إن كان المودع مستغرق الذمة ، حتى قيل : إن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه يضمنها للفقراء .

وقد يعرض لها الندب : حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق .

والكراهة : حيث يخشى ما يحرمها دون تحقق(١) .

والوديعة من عقود التبرعات فهى جائزة .

أما حكم الوديعة فى القانون :

فالوديعة كالوكالة هى فى الأصل من عقود التبرع .

فقد نصت المادة (٧٢٢) من التقنين المـدنى على أنه : « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عـنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

فالوديعة عقد غير لازم فى جانب الطـرفين ، فللمودع أن يسترد الوديعة فى أى وقت ، إلا إذا كانت هناك مصلحة للمـودع عنده ، وكذلك يستطيع المودع عنده أن يرد الوديـعة فى أى وقت إلى المودع ، إلا إذا كانت هناك مـصلحة ما للمودع .

والوديعة عـادة إما أن تكون بأجر أو بغـير أجر ، فإن كانت بغـير أجر فإن

---

(١) انظر الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣٦) .

المودع لا يترتب فى ذمته عادة أى التزام ، وتكون الالتزامات كلها فى جانب المودع عنده فيلتزم بتسلم الشيء المودع ، وبحفظه ، وبرده .

وإن كانت الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر ، وإذا أنفق المودع عنده على الوديعة شيئاً ، التزم المودع برد المصروفات ، أو بالتعويض ، وفى هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين[1] .

وقد نصت على ذلك المادتان (٧٢٤ - ٧٢٥) من التقنين المدنى ففى المادة الأولى (٧٢٤) : « الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة (٧٢٥) : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشيء ، وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة » إذن الوديعة عقد غير لازم يجوز لأحد الطرفين أن يفسخها فى أى وقت شاء إلا إذا كانت بأجر ومحددة بوقت ، وأيضاً إذا كان ردها فى وقت معين كغياب المودع يعرضها للتلف ، فيلتزم المودع عنده بإبقائها إلى أن يأتى ربها .

أركان الوديعة :

المودِع بكسر الدال : وهو صاحب الوديعة .

المودَع بفتح الدال : وهو الذى يحفظ الوديعة .

الوديعة : وهى الشيء الذى يراد حفظه .

الصيغة : وهى الإيجاب والقبول .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٧ / ٨٨٢ - ٨٨٣) .

المودِع : ويشترط فيه ما يشترط فى الموكل ؛ لأنها استنابة فى الحفظ فمن صحت وكالته صح إيداعه[١] .

قال الكاسانى : « فلا يصح الإيداع من المجنون والصبى الذى لا يعقل ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية ، ولا يشترط البلوغ ، حتى يصح الإيداع من الصبى المأذون ؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر »[٢] .

وقال الشافعية : « ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فى المال ، فإن أودعه صبى أو سفيه لم يقبل ؛ لأنه تصرف فى المال فلم يصح من الصبى والسفيه كالبيع ، فإن أخذها منه ضمنها ؛ لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر فى ماله »[٣] .

وقال المالكية : « إن من جاز له أن يوكل جاز له أن يودع »[٤] .

« والذى يجوز له أن يوكل : هو العاقل البالغ الرشيد إلا الصغير »[٥] .

وقال الحنابلة : « وإن أودعه صغير مميز وديعة ، أو أودعه مجنون أو محجور عليه لسفه وديعة فتلفت عند المستودع ولو بلا تعدٍ ولا تفريط ضمنها المستودع ؛ لأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعى ، ولا يبرأ المستودع من صغير ونحوه إلا بالتسليم إلى وليه »[٦] .

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٨٠) .

(٢) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى : (٦ / ٢٠٧) .

(٣) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٣٥٩) ، وانظر مغنى المحتاج : (٣ / ٨٠ - ٨١).

(٤) الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٠٨) .

(٥) انظر حاشية الشيخ على العدوى على شرح الخرشى لمختصر خليل : (٦ / ١٠٨).

(٦) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٧٧) ، الروض المربع للبهوتى : (٣٢٦) ، ==

فالذى يجوز له أن يودع عند المالكية والشافعية والحنابلة هو البالغ الرشيد ، وعند الحنفية يجوز من المميز المأذون له .

وأما فى القانون فقد قال الدكتور السنهورى : « فالمودع حتى لو كانت الوديعة بأجر ، يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف ، فلا تشترط فيه إذن أهلية التصرف ، وتكفى أهلية الإدارة ، ومن ثم يكون الصبى المميز ، والمحجور عليه المأذون لهما فى إدارة أموالهما من ذوى الأهلية للإيداع، ومن باب أولى يكون أهلاً للإيداع البالغ سن الرشد » .

« أما الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة أمواله ، ومن يلحق به من المحجور عليهم ، فلا يكونون أهلاً للإيداع ، وإنما يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يقوم بإيداع أموالهم ؛ لأن الإيداع عمل من أعمال الإدارة فيدخل فى ولاية النائب عن المحجور عليه ، وإذا أودع الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة أمواله كانت الوديعة قابلة للإبطال ، وجاز لوليه أو له عند بلوغ سن الرشد أن يطلب إبطال الوديعة »(١) .

ومن هذا يتبين أن من شروط المودع فى الفقه والقانون أن يكون بالغاً رشيداً، ويصح الإيداع من الصغير المميز المأذون له ، وأن يكون عاقلاً ، وهذا هو مذهب الحنفية .

المودَع عنده :

هو الأمين على الوديعة لصاحبها .

= منتهى الإرادات لابن النجار : (١ / ٥٣٩) ، منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٤٤٦ - ٤٤٧) .

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٧ / ٨٩٨) .

ولا تصح الوديعة إلا عند جائز التصرف ، فإن أودع صبياً أو سفيهاً لم يصح الإيداع ؛ لأن القصد من الإيداع الحفظ ، والصبى والسفيه ليسا من أهل الحفظ ، وإن أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه ؛ لأن المالك هو الذى سلطهم على الإتلاف بالدفع إليهم .

وإن العبد المأذون له فى التجارة إذا أخذ وديعة من آخر بغير إذن سيده فإنه يكون فيها على الأمانة كغيره إن لم يتعد عليها ، وإلا ضمنها وتكون فى ذمته لا فى رقبته .

وإذا قبل البالغ العاقل الوديعة ، فإن عليه حفظها فى حرز مثلها ؛ لأن الله تعالى أمر بأدائها ، ولا يمكن أداؤها بدون حفظها ؛ ولأن المقصود من الإيداع الحفظ ، والاستيداع التزام ذلك ، فإذا لم يحفظها لم يفعل ما التزمه(١) .

إذن ما ينبغى أن يتوفر فى المودع عنده هى الأهلية الكاملة ، وهو ما اشترطه فقهاء القانون .

قال الدكتور السنهورى : « المودع عنده حتى لو كان يأخذ أجراً ، فإنه يلتزم بحفظ الشيء وبرده ، وقد يجر عليه الالتزام بالحفظ مسئوليات ثقيلة ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة : أى أهلية التصرف والالتزام ، ولا تكفى أهلية الإدارة ، فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد ، وإذا قبل الوديعة الصبى المميز ، ومن هو فى حكمه ، ولو كان مأذوناً لهم فى

---

(١) انظر الدر المختار للحصكفى : (٥ / ٥١٦) ، مختصر خليل : ص ٢٥٣ ، الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١١٩) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٣٣٦) ، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى : (٣ / ٧٩ - ٨١) ، المهذب للشيرازى : (١ / ٣٥٩) ، كشاف القناع : (٤ / ١٧٨) ، منار السبيل : (١ / ٤٤٧) .

الإدارة، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال » .

« ويستطيع الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أو وليه قبل ذلك أن يطلب إبطال الوديعة ، فيتحلل من التزاماته ، فإذا أضاع الشىء المودع ، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر ، أو أتلفه الغير لم يكن مسئولا عن رده سليماً إلى المودع ، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع ، وهذا إذا لم يكن المودع عنده قد ارتكب خطأ تقصيرياً ، فإنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ؛ لأن المميز يلتزم التزاماً كاملاً بخطئه التقصيرى »[1] .

وبهذا يتفق الفقه والقانون فى اشتراط الأهلية الكاملة فى المودع عنده .

صيغة الوديعة :

ركن الإيداع عند الحنفية هو الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول لغيره : أودعتك هذا الشىء ، أو احفظ هذا الشىء لى ، أو خذ هذا الشىء وديعة عندك ، وما يجرى مجراه ويقبله الآخر ، فإذا وجد ذلك فقد انعقدت الوديعة وتتم بالقبض[2] .

والصيغة : هى كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال[3] . والإيجاب قد يكون صريحاً : كأودعتك هذا أو استودعتك هذا ، أو هو وديعة عندك أو استحفظتك ، أو أنبتك فى حفظه ، أو احفظه وقد يكون كناية : وتنعقد بها مع النية ، كقوله لرجل : أعطنى ألف درهم ، أو أعطنى هذا

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٧ / ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠٥) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٠٧) .

(٣) انظر الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣٧) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٦ / ١١٤) ، الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٠٨) .

الثوب مثلاً فقال : أعطيتك ، أو خذه ، كان وديعة ، أو مع القرينة : كخذه أمانة[١].

وقد يكون فعلاً ، فلا يتوقف على الإيجاب والقبول باللفظ ، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت ، ولم يقل شيئاً ، وذهب الواضع لحاجته فهو إيداع ، ويجب على الموضوع عنده المتاع حفظه ، بحيث يضمنه إن فرط فى حفظه حتى ضاع ؛ لأن سكوته رضا منه بالإيداع عنده[٢] .

والقبول من المودع عنده صريحاً : كقبلت ، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة[٣] .

وقال الشافعية : لا يشترط فى الوديع القبول للوديعة لفظاً ، ويكفى القبض لها ، كما فى الوكالة بل أولى ، عقاراً كانت أو منقولا ، فإذا قبضها تمت الوديعة ، والقول الثانى : يشترط القبول لفظا[٤] .

وعند الحنابلة : يكفى القبض قبولاً للوديعة كالوكالة[٥] .

والوديعة من العقود العينية التى يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ، ويعلل الفقهاء اشتراط القبض لتمامها ؛ لأنهما من عقود التبرع[٦] .

---

(١) انظر الدر المختار : (٥ / ٥١٥ - ٥١٦) ، مجمع الضمانات : ص ٦٨ ، شرح العناية على الهداية : (٨ / ٤٨٤) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٨٠) ، المهذب: (١ / ٣٩٥) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : (٣ / ٧٥) .

(٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) انظر المراجع السابقة .

(٤) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٨٠) .

(٥) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٦٧) .

(٦) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٣٣٨ - ٣٣٩) .

وفى القانون تسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة صريحاً وضمنيا .

قال الدكتور السنهورى : « الوديعة عقد رضائى يكفى لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع عنده ، ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة فى هذا الصدد ، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد، فإذا أغلق شخص شيئاً لآخر ، وقصد أن يكون وديعة ، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية لم يتوافق الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة، ولا باعتباره عارية ، ولا باعتباره وديعة ،كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبله الآخر على أنه وديعة ، لم يكن هناك لا هبة ولا وديعة ؛ لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ما هية العقد »[1] .

« وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً »[2] .

أى أنه لابد من توافق الإيجاب والقبول ، مع وجود نية التعاقد على العقد المراد التعاقد عليه ، وقد يكون هذا التعاقد صريحاً أو ضمنياً ، وفى هذا يتفق القانون مع الفقه ، كما سبق أن بينا فى العقود السابقة .

الوديعة أو الشيء المودَع:

ويشترط فى المال المودع أن يكون قابلاً لإثبات اليد عليه ؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ ، وحفظ الشيء بدون إثبات اليد عليه غير متصور ، فإيداع الطير فى الهواء والعبد الآبق غير صحيح[3] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٧ / ٧٩٢ - ٧٩٣) .

(٢) السابق نفس الصفحات .

(٣) انظر شرح العناية على الهداية : (٨ / ٤٨٤ - ٤٨٥) ، الدر المختار : ==

وأن يكون المال المودَع مما يجوز تموله واقتناؤه[١] . وقد جاء فى المادة (٧٧٥) من مجلة الأحكام العدلية ما يلى :

« يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها ، وصالحة للقبض ، فلا يصح إيداع الطير فى الهواء »[٢] .

وقد نص على ذلك أيضاً الأستاذ محمد قدرى باشا فى كتابه مرشد الحيران فى المادة (٧٩٤) ما يلى : « يشترط لصحة الإيداع كون المال المودع قابلاً لإثبات اليد عليه »[٣] .

وقد قال الدكتور السنهورى : « ويجب أن يتوافر فى الشىء المودَع الشروط العامة التى يجب توافرها فى المحل ، فيجب أن يكون الشىء موجوداً ، معينا أو قابلاً للتعيين ، غير مخالف للنظام العام وللآداب ، فلو كان الشىء المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ، ولا تنعقد الوديعة ، كذلك يجب أن يكون الشىء المودع معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة ، أو قابلاً للتعيين ، وتسرى فى ذلك القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن » .

« وإذا كان الشىء المودع غير قابل للتعامل فيه ، بأن كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب لم يجز إيداعه ، فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة ، ولا المخدرات ،

= (٥ / ٥١٦) ، مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبى حنيفة : (٢ / ٤٧٦) .

(١) انظر السلسبيل في معرفة الدليل حاشية على زاد المستنقع للشيخ صالح البليهى:(٢ / ٥٨٣) .

(٢) انظر كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية والمجلة لسليم بن رستم باز : (١ / ٤٠١).

(٣) انظر مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا : ص (١٥٤) .

ولا الحشيش ، ولا الأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب ، أو الصور الممنوعة»[١].

وبهذا نرى أن أركان الوديعة عند الجمهور غير الحنفية هى : العاقدان (المودِع والمودَع عنده) والصيغة ، والوديعة ، وفى القانون أركان الوديعة ثلاثة وهى :

التراضى : وهو أن يتوافق الإيجاب والقبول فى عقد الوديعة كما بينا ، وتوفر الأهلية عند المودِع والمودَع بالشروط السابقة .

والمحل : وهو الشىء المودع .

والسبب : وهو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب فى الوديعة هو التسليم ، وكانت الوديعة عقداً عينياً بحسب هذه النظرية ، فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة ، مثل أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بعد راتكاب جريمة ، أو يخفى عنده مسروقات[٢] .

إيداع المشاع :

قال الحصكفى : « تجوز إعارة المشاع وإيداعه وبيعه »[٣] .

وقال ابن نجيم : « وأما وديعة المشاع فجائزة وتكون مع الشريك »[٤] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٧ / ٩٠٢) .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٧ / ٨٩٢ وما بعدها) .

(٣) الدر المختار : لمحمد علاء الدين بن على الحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ : (٥ / ٥٢٤) .

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم المصرى المتوفى سنة ٩٧ هـ : (٧ / ٢٨١).

وقال ابن قاضى سماوة : « إيداع المشاع جائز »[١] .

وجاء فى كتاب شرح مجلة الأحكام العديلة لسليم بن رستم باز اللبنانى فى شرح المادة (٨١١) تصح إعارة المشاع وإيداعه ، كيفما كان فى التى تحتمل القسمة ، أولا من الشريك ، أو من أجنبى » [٢] .

وقال البهوتى : « لو أودع أحد الشريكين جاز »[٣] .

ومن هذا يتبين أنه إذا أودع أحد الشركاء الملك المشاع عند أمين للحفظ جاز، ولا يجوز للمودَع عنده إذا حضر أحدهما وطلب الوديعة أن يدفعها إليه إلا بإذن الآخر .

قال الكاسانى : « إذا كانت الوديعة مشاعاً لرجلين ، فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد ، بأن أودع رجلان رجلاً وديعة (دراهم أو دنانير أو ثياباً) وغابا ثم جاءه أحدهما وطلب بعضها ، وأبى المستودع ذلك ، لم يأمره القاضى بدفع شىء إليه ، ما لم يحضر الغائب عند أبى حنيفة »[٤] .

واستدل لأبى حنيفة : « بأن المودَع عنده لو دفع شيئاً إلى الشريك الحاضر لا يخلو إما أن يدفع له من النصيبين جميعاً ، وإما أن يدفع له من نصيبه خاصة، فلا وجه للأول ؛ لأن دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعاً ، ولا سبيل إلى الثانى لأن نصيبه شائع فى المشترك الذى بينهما ، ولا يتميز إلا بالقسمة ، والقسمة على الغائب غير جائزة »[٥] .

---

(١) جامع الفصولين لابن قاضى سماوة : (٢ / ٨٦) .
(٢) كتاب شرح المجلة لسليم بن رستم باز : (٤١٩) ، شرح مادة (٨١١) .
(٣) كشاف القناع للبهوتى : (٤ / ١٧٣ - ١٧٩) .
(٤) بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٠) .
(٥) انظر السابق : (٦ / ٢١٠) .

وقال أبو يوسف ومحمد : « يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف ، حتى لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه فى المقبوض عندهم جميعاً ، ولو هلك المقبوض فى يد القابض ، ثم جاء الغائب ، فليس للقابض أن يشارك صاحبه فى الباقى »[1] .

دليلهما : أن أحد المودعين طالب الوديع بدفع نصيبه ، فيؤمر بالدفع إليه كما فى الدين المشترك .

وجاء فى الجامع الصغير : « ثلاثة استودعوا رجلاً ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده (أى عند أبى حنيفة) وقالا : له ذلك ؛ لأنه طالبه بدفع نصيبه ، فيؤمر بالدفع إليه كما فى الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سُلِم إليه ؛ ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه»[2].

« ولأبى حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب ؛ لأنه يطالبه بالمفرز ، وحقه فى المشاع ، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ،ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع،بخلاف الدين

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٠) ، أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ولى القضاء ببغداد إلى أن مات سنة ١٨٢ هـ ، الفهرست لابن النديم : (٢٨٦) ، وطبقات الفقهاء للشيرازى : (١٣٤) ، تاريخ بغداد (١٤ / ٢٤٢) ، محمد بن الحسن الشيبانى : ولد بواسط ونشأ بالكوفة حضر مجلس أبى حنيفة وتفقه على أبى يوسف وتوفى سنة ١٨٩ هـ ، انظر الفهرست لابن النديم : ص ٢٨٧ .

(٢) بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٠) .

المشترك ؛ لأنه يطالبه بتسليم حقه ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها[١] .

والملكية الشائعة فى الديون المشتركة ، وهى متعلقة بالذمم لا تقبل القسمة ، فإذا قبضت تلك الديون المشتركة ، تعلقت الملكية عندئذ بعين المقبوض ، فأصبحت ملكية عين لا دين ، فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه ، كما تقسم سائر الأعيان المشتركة القابلة للقسمة »[٢] .

وقال البهوتى : « إذا كانت العين لاثنين فأودعاها ليس للمستودع الرد على أحدهما إلا بإذن الآخر ، فإن فعل ضمن حصته »[٣] .

أما إيداع المشاع فى القانون : فقد نصت المادة (٨٣٠) مدنى على ما يأتى: «لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشىء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء » .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وأما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك، كالترميم والصيانة ، ورفع دعاوى الحيازة ، والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله»[٤].

---

(١) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى مع شرحه النافع الكبير لأبى الحسنات : ص(٤٣١) ، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبى حنيفة : (٢ / ٤٨٩) .

(٢) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٨٠) .

(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٧٣) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية : (٦ / ٩٥) .

وقال الدكتور السنهورى : « فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالا مادية ، مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم ، وتحويطه بسياج ، أو بسور إذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند فى حاجة إلى تسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف ، وقد تكون تصرفات قانونية ، أو اتخاذ إجراءات ، أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع فى حيازة أجنبى بنية تملكه بالتقادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع فى يد مغتصب ، أو فى يد أى حائز آخر ودعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع ، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص ، أو بامتياز ، ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً »[1] .

ومن هنا فإن المادة (٨٣٠ مدنى) التى قدمنا نصها قبل قليل تدل على أنه يجوز للشريك على الشيوع أن يتخذ من الأعمال المادية التى من شأنها المحافظة على المال الشائع ، كما له أن يتخذ من التصرفات القانونية التى من شأنها المحافظة على المال ، وأيضاً فإن إيداع المال الشائع لدى أمين بأجر أو بغير أجر يكون من أنواع الحفظ ، فبهذا يكون إيداع المشاع جائزاً .

ويكون هذا التصرف خاضعاً لتقدير القضاء ، من حيث كونه لازماً للمحافظة على الشىء كمن يودع سيارة لدى أمين (صاحب جراج) للمحافظة

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٨ / ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦) ، دار النهضة - العربية بمصر ١٩٦٧ بدون تحقيق .

عليها من التلف والسرقة إذا لم يستعملها الشركاء بسبب سفر أو غيره ، فهنا يمكن القول أن التصرف القانونى (عقد الوديعة) الذى اتخذه الشريك منفرداً يعد من أعمال الحفظ التى يطبق عليها نص المادة (٨٣٠) من القانون المدنى .

وأيضاً فإنه لا يوجد مانع من اعتبار تصرف الشريك في المال الشائع بإيداعه من أعمال الإدارة التى تستلزم تطبيق قواعدها ، وذلك متى دلت الملابسات والظروف على أن مثل هذا التصرف لازم لإدارة العين .

قال الدكتور السنهورى : « والشريك فى الشيوع فى قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم يعتبر أصيلاً عن نفسه ، ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله ، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة ، فإذا تمت أعمال الحفظ بدون علم من سائر الشركاء اعتبر فضولياً بالنسبة إليهم ؛ لأن الفضالة تتحقق » ، « ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر» (م ١٨٩ مدنى) ، فيرجع الشريك بدعوى الفضالة .

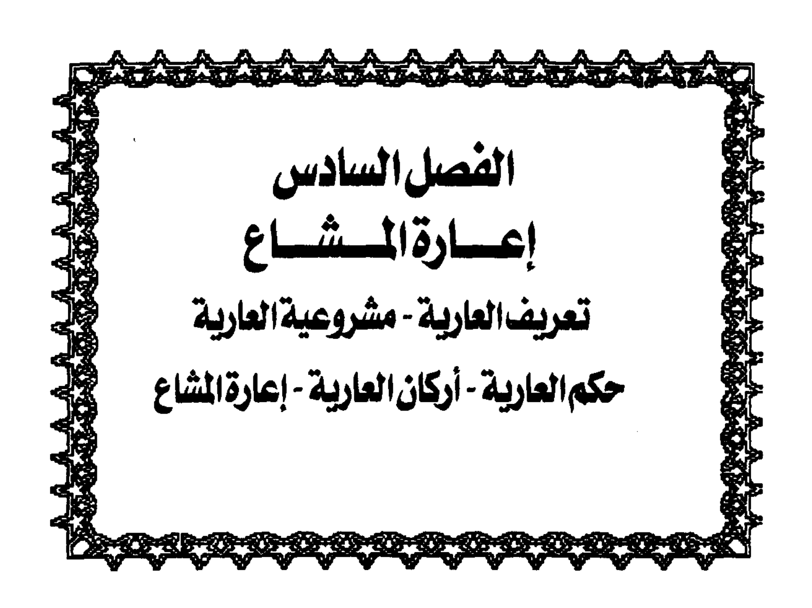
« أما إذا اعترض باقى الشركاء ، وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب »[١] .

« وهناك رأى يقول : بأن الشريك يعتبر فى جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابةً قانونية فى القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة »[٢] .

وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامى على جواز إيداع الملك الشائع للمحافظة عليه .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى :(٨ / ٨٠٦) نفس الطبعة السابقة.
(٢) انظر السابق .



الفصل السادس

إعــارة المــشــاع

تعريف العارية - مشروعية العارية

حكم العارية - أركان العارية - إعارة المشاع

تعريف العارية

العارية : بتخفيف الياء وتشديدها اسم لما يعار ، أو لعقد العارية ، مأخوذة من عار إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيار ؛ لكثرة ذهابه ومجيئه ، وقيل : من التعاور وهو التناوب .

وقيل : كأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب ، واعترض على ذلك بأن النبى ﷺ فعلها ، ولو كانت عيباً ما فعلها ، وبأن ألف عارية منقلبة عن واو فأصلها (عورية) . وأما ألف العار فمنقلبة عن ياء بدليل عيرته بكذا .

فالعارية بالمعنى اللغوى : هى الشىء المعار كالإناء ، وسميت عارية ؛ لتجردها عن العوض[1] .

وشرعاً : عرفها الحنفية والمالكية : بأنها تمليك المنافع بغير عوض[2] .

وعرفها الشافعية والحنابلة : بأنها الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه بلا عوض[3] .

فهى تختلف عن الهبة بأنها واردة على المنافع ، أما الهبة فترد على عين

---

(١) انظر المبسوط : (١١ / ١٣٣) ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى : (٥ / ٨٣) ، أسهل المدارك : (٣ / ٢٩) ، الخرشى على مختصر خليل وحاشية الشيخ على العدوى : (٦ / ١٢٠)، مغنى المحتاج:(٢ / ٢٦٣) ، كفاية الأخيار : (١ / ١٨٠) ، المطلع على أبواب المقنع للبعلى : (٢٧٢) ، المغنى لابن قدامة : (٥ / ٣٥٤) .

(٢) انظر المبسوط : (١١ / ١٣٣) ، الهداية : (٩ / ٤٠٣) ، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للدردير : (٣ / ٢٣٠) ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٠ .

(٣) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٣) ، كفاية الأخيار : (١ / ١٨٠) ، كشاف القناع : (٤ / ٦١- ٦٢) ، المغنى : (٥ / ٣٥٤) .

المال، والفرق بين التعريفين : أن الأول يفيد التمليك ، فللمستعير إعارة الشيء لغيره ، والثاني يفيد الإباحة ، فليس له إعارة الشيء لغيره أو إجارته[١].

وهى تختلف عن الإجارة ، فإذا كانت العارية تمليك المنافع بغير عوض . فالإجارة تمليك المنافع بعوض .

وقيل : إن العارية نوعان : حقيقية ومجازية : فالحقيقية : هى التى ينتفع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدابة ، والمجازية : ما لا يمكن الانتفاع بها إلا بالاستهلاك كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فيكون إعارة صورة ، وقرضاً معنى ؛ لأنه لا يرد العين بل يرد مثلها ، والمقصود هو النوع الأول الذى تبقى فيه العين[٢] .

وعرفت فى القانون المدنى فى المادة (٦٣٥) بأنها : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ؛ ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » وهذا التعريف يتفق مع تعريفات الفقهاء حيث أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أخذه من الشريعة الإسلامية[٣] .

مشروعية الإعارة

الأصل فى مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والقياس :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : (٥ / ٥٤) ، بحوث فى المعاملات فى فقه الكتاب والسنة لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف : ص ١٥١ .

(٢) انظر أنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوى : ص ٢٥١ - ٢٥٢ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية : (٤ / ٦٦٦) .

الإِثْمِ والْعُدْوَانِ ﴾[١] ، وقوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾[٢] ، وقد اختلف المفسرون فى المراد بالماعون فى هذه الآية على عدة أقوال :

الأول : وهو قول أبى بكر وعلى وابن عباس وابن عمر وغيرهم أن المقصود بالماعون هو الزكاة ؛ لأن الله تعالى ذكره عقيب الصلاة ، فالظاهر أن يكون ذلك هو الزكاة .

الثانى : وهو قول أكثر المفسرين أن الماعون اسم لما لا يمنع فى العادة ويسأله الفقير والغنى ، وينسب مانعه إلى سوء الخلق ولؤم الطبيعة كالفأس والقدر والدلو والغربال والقدوم ، ويدخل فيه الملح والماء والنار .

القول الثالث : قيل : الماعون هو الماء .

القول الرابع : الماعون هو حسن الانقياد [٣].

والقول الثانى هو الأرجح ؛ لأن عارية هذه الآلات قد تكون واجبة فى حالة الضرورة إليها ومانعها حينئذ مستحق للذم ، وقد يمنعها المانع لغير ضرورة فينبىء ذلك عن سوء الخلق ولؤم الطبيعة[٤] .

وأما السنة : فقد روى « أن رسول الله ﷺ استعار فرسا من أبى طلحة»[٥]

---

(١) سورة المائدة من آية ٢ .

(٢) سورة الماعون من آية ٧ .

(٣) انظر أحكام القرآن لابن العربى : (٤ / ١٩٨٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى: (٢٠ / ١٤٥) ، أحكام القرآن للجصاص : (٥ / ٣٧٥) ، تفسير الطبرى:(٣٠ / ٣١٤ - ٣١٥) ، التفسير الكبير للفخر الرازى : (٣٢ / ١١٥) ، النسخ فى القرآن الكريم للدكتور / مصطفى زيد : (٢ / ٤٧٨) .

(٤) انظر بحوث فى المعاملات فى فقه الكتاب والسنة لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف : ص ١٥٤ .

(٥) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥ / ٢٨٤ - ٢٨٥) ، كتاب الهبة باب ==

«واستعار من صفوان درعه يوم حنين ، فقال له : أغصب يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة »[١] .

وروى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضى ، والزعيم غارم »[٢] . والمنحة الشاة أو نحوها تعار ؛ لأخذ لبنها .

وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان »[٣] قال الدارقطنى : إنما يروى عن شريح القاضى غير مرفوع ، فقد روى عن شريح أنه قال : « ليس على المستعير غير المغل ولا على المستودع غير المغل ضمان»[٤].

وأما الإجماع : فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها ؛ لأنها من القربات .

= من استعار من الناس الفرس ، ولفظه : « كان فزع بالمدينة فاستعار النبى ﷺ فرساً من أبى طلحة يقال له : المندوب فركبه فلما رجع قال : ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً» .

(١) سنن أبى داود : (٣ / ٢٩٦) كتاب البيوع باب فى تضمين العارية ، مسند أحمد : (٣ / ٤٠١) مسند صفوان بن أمية .

(٢) سنن الترمذى : (٤ / ٣٧٦ - ٣٧٧) كتاب الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث ، سنن أبى داود : (٣ / ٢٩٧) كتاب البيوع باب فى تضمين العارية ، سنن ابن ماجه: (٢ / ٨٠٢) كتاب الصدقات باب العارية .

(٣) سنن الدارقطنى : (٣ / ٤١) كتاب البيوع .

(٤) السابق : (٣ / ٤١) كتاب البيوع ، قال فى تعليق المغنى على الدارقطنى : أخرجه البيهقى وضعفه ، انظر التعليق المغنى للعظيم آبادى : (٣ / ٤١) .

وأما القياس : فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع ؛ ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ؛ لأنه سبحانه قال : ﴿ **لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ** ﴾[1] .

والعارية من المعروف ، وقال : ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ** ﴾[2] والعارية من البر[3] .

وقد نظم القانون عقد العارية فى المواد من (٦٣٥) من التقنين المدنى إلى المادة (٦٤٥) من نفس التقنين[4] .

حكم العارية

اختلف الفقهاء فى حكم العارية فمنهم من ذهب إلى أنها مستحبة ومنهم من ذهب إلى أنها مندوبة .

ومنهم من ذهب إلى أنها كانت واجبة فى بداية الإسلام ثم نسخ وجوبها ، وصارت مستحبة وقد يعرض لها الوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه ، وطلبه من يخشى عليه الهلاك بتركه فى زمن شدة برد ، إذن فهى واجبة فى ذلك :

---

(١) سورة النساء من آية : ١١٤ .

(٢) سورة المائدة من آية : ٢ .

(٣) انظر حاشية الإمام الرهونى على شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٦ / ١٩٦)، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٤ - ٢٣٥) ، أسهل المدارك : (٣ / ٢٩ - ٣٠) ، المجموع : (١٥ / ٣٩ - ٤٠) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٣ - ٢٦٤)، كفاية الأخيار : (١ / ١٨٠) ، كشاف القناع : (٤ / ٦٢) ، المغنى : (٥ / ٣٥٤) .

(٤) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٤٦ : ١٤٩ .

كإعارة الثياب لدفع حر أو برد ، أو إعارة الحبل ؛ لإنقاذ غريق ، والسكين؛ لذبح حيوان محترم يخشى هلاكه .

وقد تحرم إذا كانت تعين على معصية ، كإعارة الصيد من المحرم ، والأمة من الأجنبى ، وإعارة الغلمان لمن عرف باللواط ، وإعارة العبد المسلم من الكافر ، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروه ، والإباحة إذا أعان بها غنيا[(١)].

صفة حكم الإعارة : قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ؛ لأنه ملك لا يقابله عوض ، فلا يكون لازماً كالملك الثابت بالهبة ، فكان للمعير أن يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أم وقت لها وقتاً ، غير أنها إذا كانت مطلقة فللمعير أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن فى الترك ضرراً بالمعير ؛ لأنه لا نهاية له ، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء ؛ لأنه لم يغرر به .

« وأما إن كانت مؤقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه ، ولا يجبر على النقض والقلع ، والمستعير بالخيار إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه ؛ لأنه لما وقت للعارية وقتاً ثم

---

(١) انظر أسهل المدارك للكشناوى : (٣ / ٢٩) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٤) ، الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٢٣٠) ، الخرشى على مختصر خليل: (٦ / ١٢١ - ١٢٦) ، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى : (٢ / ٢٦٤ - ٢٧٠)، نهاية المحتاج للرملى : (٥ / ١١٧ - ١١٨) ، حاشية أبى الضياء الشبراملسى على نهاية المحتاج : (٥ / ١١٧ - ١١٨) ، حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربى الرشيدى على نهاية المحتاج (٥ / ١١٧ - ١١٨) ، الروض المربع للبهوتى : ص٣١١ ، كشاف القناع للبهوتى : (٤ / ٦٢) .

أخرجه قبل الوقت فقد غره ، فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة ؛ إذ ضمان الغرر كفالة ، فكان له أن يرجع عليه بالضمان »[١] .

قال الشافعية : وإن كانت مؤقتة والمدة باقية ، فلا يليق فيها الإلزام ، إلا إذا كانت العارية لازمة كمن أعار أرضاً لدفن ميت ، لا يرجع المعير فى موضعه الذى دفن فيه ، وامتنع على المستعير ردها فهى لازمة من جهتها حتى يندرس أثر المدفون ، وإنما امتنع الرجوع ؛ لحرمة الميت[٢] .

وقال الحنابلة : لا يجوز للمعير الرجوع فى العارية إذا أذن للمستعير بشغلها، وشغلها المستعير بشىء يستضر برجوع المعير فى العارية ، فمن استعار لوحاً يرقع به سفينة ، فرقعها به ولجج فى البحر فليس للمعير الرجوع فى العارية والمطالبة بها ما دامت السفينة فى اللجة حتى ترسى ؛ لما فيه من الضرر، فإذا رست جاز الرجوع ؛ لانتفاء الضرر[٣] .

وقال مالك فى المشهور : ليس للمعير استرجاع العارية قبل انتفاع المستعير بها ، وإن شرط مدة لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية .

قال ابن رشد : « وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة »[٤] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٦ - ٢١٧) .
(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٤ - ٢٧٠) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٦) .
(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ٦٥) ، منار السبيل : (١ / ٤٢٩ - ٤٣٠) .
(٤) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٢١٣) ، الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٢٦ - ١٢٧) .

وقال الدرديرى : الراجح أن للمعير أن يرجع فى العارية المطلقة متى أحب[١].

مما سبق ، فإن المالكية يسوغون الرجوع فى العارية المطلقة ، ويمنعونها فى العارية المقيدة بالشرط أو العرف أو العادة[٢] .

وهذا هو الصواب فى نظرنا ؛ لأن المستعير قد يستعير شيئاً ؛ لينتفع به ، ولا يتم الانتفاع إلا فى مدة معينة ، فلو أخذه المعير منه وهو يستعمله ربما أفسد عليه ما ينتفع به .

أما حكم العارية فى القانون :

فقد نصت المادة (٦٤٣) من التقنين المدنى على الآتى :

١ - تنتهى العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله .

٢ - فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها فى أى وقت .

٣ - وفى كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية ، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله .

وجاء فى المذكرة التوضيحية : « تنتهى العارية بانقضاء مدتها ، أو بإلغائها، أو بموت المستعير - فإذا كان لها مدة معينة أو محددة باستعمال معين ، انتهت العارية بانقضاء تلك المدة ، أو بانتهاء ذلك الاستعمال ، أما إذا لم تحدد مدة ولم يمكن تحديدها بالاستعمال اعتبر العقد قابلا للانتهاء بناء على طلب المعير فى أى وقت يشاء، وعلى كل حال فمادام العقد دائما فى مصلحة المستعير ، فهو يستطيع أن يتنازل عنه قبل انتهاء مدته ، فيجوز له أن يرد العارية فى أى

---

(١) الشرح الكبير : (٣ / ٤٣٩) .
(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٦٢) .

وقت ما لم يكن فى ذلك إضرار بالمعير فلا يجبر عليه[1] .

والقانون فيما ذهب إليه قريب من مذهب الإمام مالك ، فهو يعتبر الإعارة المؤقتة كأنها لازمة لا يجوز للمعير أن يردها قبل انتهاء المدة وإذا لم تعين مدة ، وكانت العارية إنما تستعمل ، استعمالاً خاصاً عادة بوقت معين مكثت العارية فى يد المستعير مدة الاستعمال . وفى غير ذلك يجوز للمعير أن يسترد العارية فى أى وقت وكذلك يستطيع المستعير أن يرد العارية فى أى وقت على ألا يلحق ضرراً بالمعير .

وقد ذكر القانون فى غير ما سبق أن للمعير أن ينهى العارية فى أحوال محددة ، فجاء فى المادة (٦٤٤) من التقنين المدنى : « يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية :

١ - إذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء لم تكن متوقعة .

٢ - إذا أساء المستعير استعمال الشىء ، أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .

٣ - إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير .

وفى الفقرة الأولى من هذه المادة اضطراب ، فبعد أن حددت المادة السابقة على هذه المادة أن العارية المحددة بوقت نهايتها بانتهاء الوقت ، فإن هذه الفقرة تجعل المعير له الحق فى استرداد العارية إذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء لم تكن متوقعة ، وقد تكون حاجة المستعير للعارية أكثر من حاجة المعير ، وقد جاء ذلك فى التقنين النمساوى فى المادة (٩٧٦) : « إذا وجد القاضى أن المعير مقصر فى عقد العارية دون تبصر بحاجته إلى الشىء المعار ، أو أن إلغاء العارية يلحق بالمستعير ضرراً يفوق ما يصيب المعير من ضرر ، جاز له أن يرفض إلغاء العارية »[2] .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية : (٤ / ٦٦٧) .
(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية : (٤ / ٦٨٩) .

أركان الإعارة

ركن الإعارة عند الحنفية : هو الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند جمهور الحنفية ، أى أن القبول ليس شرطاً أن يكون صريحاً بخلاف الإيجاب ؛ لأن الإعارة لا تثبت بالسكوت[1] وأركانها عند الجمهور أربعة: المعير والمستعير والمعار والصيغة .

أولا : المعير :

واشترط عند الحنفية العقل ، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل ، وأما البلوغ فليس بشرط عندهم حتى تصح الإعارة من الصبى المأذون؛ لأنها من توابع التجارة ، وكذا لا يشترط الحرية عندهم فيملكها العبد المأذون ؛ لأنها من توابع التجارة .

وعند المالكية يجب أن تكون من أهل التبرع ، وأن يكون مالكا للمنفعة التى يريد الإعانة بها ولو بإجارة أو استعارة ، قال الدرديرى : « يصح إعارة مالك منفعة لذات ، فليس من شرط المعير أن يكون مالكاً للذات ، ويشترط ألا يكون محجوراً عليه من صبى وسفيه وعبد ولو مأذوناً له فى التجارة ؛ لأنه إنما أذن له فى التصرف بالعوض لا فى نحو العارية ، ويصح أن يعير المستعير ما استعاره ومحل الصحة ما لم يمنعه المالك » .

« ولا تصح إعارة مالك انتفاع وهو من ملك أن ينتفع بنفسه فقط وهو من قصر الشارع الانتفاع على عينه ، فلا يؤاجر ولا يهب ولا يعير »[2] .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين والدر المختار : (٥ / ٦٧٧) .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٤٣٣ - ٤٣٤) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٥) .

وإن كان مالكاً لها بإعارة ولا حجر عليـه فتصح إعارته ؛ وإن كان لا ينبغى له ذلك ، وإن كان مالكـاً لها بإجارة فتصح إعـارته لها فى مثل ما اسـتأجرها له ركوباً أو حملاً أو غيرهما[1] .

واشترط الشافعية ما اشترطه المالكـية فقالوا : « وشرط المعير صحة تبرعه ، وأن يكون مختاراً ؛ لأن الـعارية تبرع بإباحة المنفعة ، فـلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبى وسفيه ومفلس ومكاتب بغير إذن سيده ، ولا من مكره ، وشرط للمعير أيضاً أن يكون مالكاً للمنفعة ولو بوصية ووقف ، وإن لم يملك العين ؛ لأن الإعارة ترد على المـنفعة دون العين ، وجواز الإعارة من المـوقوف عليه إذا كان ناظراً ، ويعير المسـتأجر ؛ لأنه مالك للمنفعة ، ولا يعيـر مستعير ؛ لأنه ليس مالـكاً للمنفـعة ، وإنما أبيح له الانـتفاع ،ولهذا لا يؤجـر ، فإن أذن له المالك صحت الإعارة »[2] .

وأيضاً اشترط الحنابـلة فى المعير أن يكون أهلاً للتبـرع شرعاً ؛ لأنه تصرف فى المال فأشبه التصرف فى البيع[3] .

أما فى القانون : فقال الدكتـور السنهورى : « العارية وإن كـانت من عقود التبرع هى عقد تفضل لا عقد هبة إذ هى لا تنقل الملكية ، فهى إذن ليست من عقود التصرف بل من عقود الإدارة ، وينـبنى على ذلك : أن الأهلية الواجب توافرها فـى المعير يكفى أن تكـون أهلية الإدارة ، فتجوز الإعارة مـن القاصر

---

(١) انظر الشرح الصغير للدرديـرى : (٣ / ٢٣٠) ، القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣٢٠ .

(٢) انظر مـغنى المحتـاج : (٢ / ٢٦٤) ، نهاية المحـتاج للرمـلى : (٥ / ١١٨) ، المهذب للشيرازى : (١ / ٣٦٣) ، المجموع : (١٥ / ٤١) .

(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ٦٢ - ٦٣) ، منار السبيل : (١ / ٤٣٠) .

الذى له حق إدارة ماله كما تجوز من الولى والوصى والقيم نيابة عن القاصر أو المحجور عليه ، أما القاصر الذى ليس له حق إدارة ماله فلا تجوز منه الإعارة حتى ولو كان صبياً مميزاً أو محجوراً عليه للغفلة أو السفه »[١] .

واشترط الدكتور محمود جمال زكى فى المعير أن تتوفر فيه أهلية التبرع وقال: « واقتضى أهلية التبرع لدى المعير من نظر منهم إلى صفة المجانية فى هذا العقد وإلى نية التبرع فيه » ثم قال : ونحن نرجح هذا الرأى وهو أن تتوفر فى المعير أهلية التبرع ، فتكون العارية باطلة إذا كان المعير ناقص الأهلية ولو كان مأذوناً بالإدارة حتى لو قام بإبرامها نائبه ولياً كان أو وصياً أو قيما ، وإن كان كل من هؤلاء يجوز له إعارة المشمول بالولاية أو الوصاية أو القوامة ؛ لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة[٢] .

قال الدكتور السنهورى : والذى يملك أن يعير هو من له حق التصرف فى الانتفاع بالشىء المعار ، فيجوز للمالك أن يعير ملكه ، وكذلك يجوز للنائب عن المالك وكيلاً كان أو ولياً أو وصياً أو قيماً . ويجوز لصاحب حق الانتفاع أن يعير الشىء الذى تقرر له عليه هذا الحق ، وكذلك تجوز الإعارة من المستأجر ، ومن المرتهن رهن حيازة ، ومن صاحب حق الحكر ، ولهؤلاء جميعاً أن يعيروا الشىء حتى للمالك نفسه[٣] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإن العقد يتم بين المعير والمستعير ، سواء أكان المعير مالكا أم غير مالك ، كالمنتفع والمستأجر والمرتهن إلخ .... »[٤] .

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٨) .
(٢) انظر العقود المسماة للدكتور / محمود جمال زكى : ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .
(٣) الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٦) .
(٤) القانون المدنى مجموعة الأعمال التحضيرية : (٤ / ٦٦٦) .

وما ذهب إليه الدكتور السنهورى موافق لما ذهب إليه الحنفية ، فلا يشترط البلوغ طالما أذن له فى إدارة أمواله ، وما ذهب إليه الدكتور محمود جمال موافق لما قال الجمهور ، والصواب فى نظرنا ما ذهب إليه الجمهور ، من أنه ينبغى أن تتوفر أهلية التبرع ؛ لأن العارية من عقود التبرعات ، وهى تعتبر ضارة فلا يملكها إلا الرشيد .

ثانيا المستعير:

وشرط المستعير : أن يكون ممن يصح أن يتبرع عليه ، فلا يصح الإعارة للدواب ، ولا للجمادات ، ولا تصح إعارة مسلم ، أو مصحف لكافر ؛ إذ لا يصح التبرع عليه به ، وكذلك لا يجوز إعارة السلاح لمن يقاتل بها المسلمين، وما فى معنى ذلك مما لازمه أمر ممنوع[1] .

وعند الشافعية : كل من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية ؛ لأنها نوع من الهبة ، وشرطه : أن يكون أهلاً للتبرع عليه بعقد ، فلا تصح لمن لا عبارة له كصبى ومجنون وبهيمة كما لا تصح الهبة منهم .

وتصح من الصبى والمجنون بعقد وليهما إذا لم تكن مضمونة كمن استعار من مستأجر ، ولا تصح استعارة محجور عليه ولو سفيهاً ، ولا استعارة وليه له إلا إن انتفى الضمان ويشترط أن يكون مختاراً ، وأن يكون معيناً[2] .

---

(١) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير : (٣ / ٤٣٤) ، الشرح الصغير : (٣ / ٢٣١) ، الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٢٢ - ١٢٥) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ٢٣٥) .

(٢) انظر المجموع : (١٥ / ٤١) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٤ - ٢٦٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٨) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦) .

واشترط أيضاً فى المستعير عند الحنابلة الأهلية للتبرع له بتلك العين ، بأن يصح منه قبولها هبة ، فلا تصح إعارة المصحف أيضاً عندهم لكافر[١] .

إذن اشترط الفقهاء التمييز فى المستعير ؛ لأن الإعارة نافعة له .

أما فى القانون : قال الدكتور السنهورى : « لما كانت العارية عقداً نافعاً نفعاً محضاً للمستعير ، فيكفى أن تتوافر فيه أهلية التعاقد دون أهلية الإدارة ومن ثم يجوز للصبى المميز أو للمحجور عليه للغفلة أو السفه أن يستعير حتى لو لم يكن مأذوناً له فى الإدارة »[٢] .

ونصت المادة (١٠٩) على أن : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ... » .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١١١) من التقنين المدنى على أنه : «إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً »[٣] .

ونصت الفقرة الأولى من المادة (١١٥) على أنه : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام »[٤] .

ولكن ذكر الدكتور محمود جمال الدين زكى عكس ما ذكره الدكتور السنهورى ، من أنه يجب أن تتوفر فى المستعير أهلية الإدارة قال : ونكتفى

---

(١) انظر كشاف القناع : (٤ / ٦٣) ، الروض المربع : ص ٣١١ .

(٢) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٨) .

(٣) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٣ .

(٤) السابق : ص ٢٤ .

عند المستعير بأهلية الإدارة ، فيجوز للقاصر المأذون له بها أن يستعير ، كما يجوز ذلك نيابة عنه لوليه أو وصيه أو القيم عليه[١] .

ونحن نرجح ما ذهب إليه الدكتور السنهورى من أنه يكفى أهليه التعاقد فى المستعير ؛ لأنها نافعة نفعاً محضاً ويكفى فيها أن يكون الصبى مميزاً [٢] ، وأما أهلية الإدارة فلابد أن يبلغ الصبى فيها ثمانية عشر عاماً وأن تاذن له المحكمة فى ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (١١٢ من التقنين المدنى)[٣] .

ثالثا : الصيغة التى يتم بها العقد :

ركنها عند الحنفية الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند جمهور الحنفية استحسانا ، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما فى الهبة ، حتى إن من حلف لا يعير فلاناً فأعاره ولم يقبل يحنث ، كما إذا حلف لا يهب فلاناً شيئاً فوهبه ، ولم يقبل ، أى أن القبول الصريح ليس بشرط بخلاف الإيجاب ؛ لأن الإعارة لا تثبت بالسكوت[٤] .

وتصح عندهم بأعرتك : لأنه صريح ، وأطعمتك أرضى أى غلتها ؛ لأنه صريح مجازاً من إطلاق اسم المحل على الحال ، من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية ، ومنحتك ثوبى وجاريتى هذه ، وحملتك على دابتى هذه إذا لم يرد به - أى بمنحتك وحملتك - الهبة ؛ لأنه صريح فيفيد العارية ،

---

(١) انظر العقود المسماة : للدكتور محمود جمال الدين زكى : ص ٢٣٦ .

(٢) يبدأ سن التمييز من السابعة إلى أن يبلغ سن الرشد (٢١ عاماً ميلادياً) .

(٣) انظر المدخل لدراسة القانون للدكتور نزيه محمد الصادق : ص ١٢٤ - ١٢٨ .

(٤) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٤) ، حاشية ابن عابدين والدر المختار : (٤ / ٥٢٥) .

وأخدمتك عبدى ، وآجرتك دارى شهراً مجاناً ، ودارى لك سكنى ، فهو جعل سكن الدار له من غير عوض ، وسكن الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الإعارة[١] .

وعند المالكية : « أن العارية تنعقد بما يدل عليها من قول أو فعل أو إشارة، وتكفى المعاطاة فيها ، فلا يشترط فيها صيغة مخصوصة كالبيع ، بل كل ما يدل على تمليك المنفعة بلا عوض[٢] .

والصيغة اللفظية : كأعرتك أو غيرها كإشارة ومناولة مما يدل على الرضا[٣].

ويجوز عندهم أن يقول : أعنى بغلامك مثلاً اليوم أو الشهر لأعينك فى غدٍ مثلاً بغلامى أو دابتى ، وهى حينئذ إجارة لا إعارة ؛ لأنها منافع بمنافع ، وسواء اتحد فيها نوع المعار أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد فيهما الزمن أو اختلف ، فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة[٤] .

وقال الشافعية : ولا تنعقد إلا بإيجاب وقبول ؛ لأنه إيجاب حق لآدمى ، فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول ، كالبيع والإجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فإن قال المستعير : أعرنى فسلمها إليه انعقد وإن قال المعير : أعرتك فقبضها المستعير انعقد ؛ لأنه إباحة للتصرف فى ماله فصح

(١) انظر الكتابين السابقين نفس الصفحات ، والمبسوط السرخسى : (١١ / ١٣٢) .

(٢) انظر الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٢٣) ، الشرح الصغير : (٣ / ٢٣١)، أسهل المدارك : (٣ / ٣٠) ، الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣٥) ، الشرح الكبير للدرديرى وحاشية الدسوقى عليه : (٣ / ٤٣٥) .

(٣) انظر الشرح الصغير : (٣ / ٢٣١) .

(٤) انظر الشرح الصغير : (٣ / ٢٣١) .

بالقول من أحدهما ، والفعل من الآخر كإباحة الطعام[١] .

« ولا يشترط فيها اللفظ حتى لو رآه حافياً فأعطاه نعلاً ، أو عارياً فألبسه قميصاً ، أو فرش له مصلى أو وسادة أو نحو ذلك كان ذلك عارية ، فلا يشترط فيها اللفظ ولا خفاء فى جواز إعارة الأخرس المفهوم الإشارة واستعارته بها وبكتابته »[٢] .

قال الحنابلة : « وتنعقد الإعارة بكل قول أو فعل يدل عليها كقوله : أعرتك هذا الشىء أو أبحتك الانتفاع به ، أو يقول المستعير : أعرنى هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه المعير إليه ونحوه ، كاسترح على هذه الدابة، وكدفعه الدابة لرفيقه عند تعبه ، وتغطيته بكسائه إذا رآه برد ؛ لأنها من البر فصحت بمجرد الدفع ، ومتى ركب الدابة أو استبقى الكساء عليه كان ذلك قبولاً »[٣] فيكفى ما دل على الرضا من قول أو فعل .

فمن كل ما سبق نرى أن العارية تنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها وتتم بالقبض .

وفى القانون : قال الدكتور السنهورى : « إن العارية عقد رضائى فيكفى لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المعير والمستعير ، دون حاجة إلى شكل خاص ، وذلك بالرغم من أن العارية من عقود التبرع دائماً ، فعقد التبرع

---

(١) انظر المهذب : (١ / ٣٦٣) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٦) روضة الطالبين للنووى : (٤ / ٤٢٩ - ٤٣٠) .

(٢) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٤ / ٦٢) ، منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٤٢٩) ، الروض المربع : ص ٣١١ ، المغنى لابن قدامة : (٥ / ٣٥٩) .

(٣) انظر المراجع السابقة .

الشكلى هو عقد الهبة ؛ لأنه ينقل الملكية »[1] .

« ولا توجد أحكام خاصة بعقد العارية فى هذا الصدد ، ومن ثم تنطبق القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد ، فإذا أعطى شخص آخر شيئاً وقصد أن يكون عارية واعتقد الآخر أنه هبة ، لم يتوافق الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ... »[2] . وقد سبق أن عرضنا لهذه الأشكال فى عقد البيع ، وهذا ما نصت عليه المادتان (٨٩ - ٩٠ مدنى) .

وبهذا يتفق القانون مع الفقه فى طرق التعبير عن الإرادة فى إنشاء هذا العقد سواء باللفظ أم بالكتابة أم الإشارة أم المعاطاة .

رابعاً: الشيء المعار أو المستعار:

ومن شروطه : أن يكون مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالكتاب والثوب والبيت والدواب والعبيد ونحوها ، بخلاف الطعام والنقد فلا يعاران ؛ لأنهما يستهلكان عند الانتفاع بهما وإنما يقرضان[3] ،فلا معنى لإعارة الأطعمة وغيرها من المكيلات والموزونات ، وإنما تكون سلفاً ،وكذلك الدراهم والدنانير إذا

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥٠٨ - ١٥١٥) .

(٢) السابق : (٦ / ١٥١٦) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٥) ، مرشد الحيران : ص ١٤٧ ، مادة (٧٥٨)، أسهل المدارك : (٣ / ٣٠) ، الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٢٢) ، الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣٥) ، الشرح الكبير : (٣ / ٤٣٤ ، ٤٣٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٥) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦ - ٤٢٧) ، كشاف القناع: (٤ / ٦٢) ، منار السبيل : (١ / ٤٢٩ - ٤٣٠) .

أخذت لتنفق وإن كانت بلفظ العارية فهى قرض لا عارية ؛ لأن حقيقة العارية ما ردت عينها لربها بعد الانتفاع بها ، وفى الانتفاع بما ذكر ذهاب العين[١] .

ويجوز استعارة الدراهم والدنانير مع بقاء أعيانها للزينة .

وقد اشترط فى القانون هذا الشرط وهو أن يكون الشيء المعار غير قابل للاستهلاك ، وذلك نص المادة (٦٣٥) مدنى على أن : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ؛ ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال »[٢] .

قال الدكتور السنهورى : « ويجب إلى جانب الشروط العامة - أى فى المحل - أن يكون الشيء المعار غير قابل للاستهلاك ، ذلك أن المستعير يأخذ الشيء ؛ ليستعمله وليرده بعينه ، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله المستعير فإنه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يرده بعينه »[٣] .

« ومع ذلك قد يكون الشيء قابلاً للاستهلاك وتجوز إعارته ، ومثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً يعوض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بالذات إلى المعير بعد انتهاء التفتيش .

ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعة من النقود على أن يردها بذاتها ، وأن يعير شخص أسهماً ينتفع بفوائدها على أن يرد الأسهم بالذات . ففى كل هذه الأمثلة اعتبر الشيء القابل للاستهلاك لذاته ، فأصبح غير قابل

---

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٤٦ .

(٣) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٩ - ١٥٢٠) .

للاستهلاك ، والأصح أن يقال : إن الشىء القابل للاستهلاك يكون مثلياً فى العادة، فإن اعتبر لذاته تحول من مثلى إلى قيمى فتجوز إعارته ، لا لأنه غير قابل للاستهلاك ؛ إذ هو فى الواقع قابل للاستهلاك بطبيعته ؛ بل لأنه أصبح قيمياً فى نظر المتعاقدين » .

« فالشرط الواجب توافره فى الشىء المعار هو إذن أن يكون قيمياً ، لا أن يكون غير قابل للاستهلاك ... فالعبرة إذن فى الشىء لا بأن يكون قابلاً للاستهلاك فيجوز إقراضه ، أو غير قابل للاستهلاك فتجوز إعارته بل العبرة فيه بأن يكون مثلياً فيجوز إقراضه ، أو قيمياً فتجوز إعارته »[1] .

وهذه الصور التى ذكرها والتى تهلك بالاستعمال هى فى نظر الفقهاء قرض[2]، ويختلف الأثر المترتب على الاثنين ، فمن أخذ شيئاً من الأشياء التى تستهلك على أنه قرض فهلك فهو ضامن ، أما لو أخذه على أنه عارية واستخدمه استخدام أمثاله دون تعد فهو أمين ولا يضمن .

وعلى ذلك فعند فقهاء القانون يكون العقد عارية فى كل مرة يلتزم المستعير فيه برد الشىء بعينه إلى المعير عند انتهاء العقد ، ولو كان ذلك الشىء بحسب نوعه قابلاً للاستهلاك[3] .

ثانيا : من شروط المعار أن تكون منفعته مباحة للمستعير ؛ لأن الإعارة لا

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥٢) .

(٢) إلا إذا كان عند الصراف عجز وسيأتى إليه تفتيش فيأخذ بعض الدراهم ؛ ليضعها حتى لو فتش عليه يكون موقفه سليماً دون أن تتغير النقود والدراهم فهى عارية وبهذا يمكن أن يتفق الفقه مع القانون فى ذلك .

(٣) انظر العقود المسماة للدكتور / محمود جمال الدين زكى : ص ٢٣٦ .

تبيح له إلا ما أباحه الشرع ، فلا تصح الإعارة لغناء أو زمر أو نحوه ، ولا تعار الأمة أو الزوجة للاستمتاع بهما ، ولا الأمة لخدمة بالغ غير محرم أو لمن تعتق عليه ؛ لأن الخدمة فرع الملك وملكها لا يستقر لمن تعتق عليه ، ولا تجوز إعارة المسلم للذمى ؛ لما فيه من إذلال للمسلم ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾[1] وتحرم إعارة عين لنفع محرم ، كإعارة دار لمن يتخذها كنيسة ، أو يشرب فيها مسكراً ، أو يعصى الله فيها .

وكإعارة سلاح لقتال فى الفتنة وآنية ليتناول بها محرماً من نحو خمر ، وإعارة عبد أو أمة لغناء أو نوح أو زمر ونحوه ؛ لأن ذلك كله إعانة على الإثم والعدوان المنهى عنه[2] .

ويقابل هذا الشرط فى القانون المادة (١٣٥) من التقنين المدنى ونصها : «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً »[3] .

قال الدكتور السنهورى : « وإذا كان الشىء غير قابل للتعامل فيه بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب لم تجز إعارته ، والمقصود هنا أن تكون القابلية للتعامل متعلقة بالانتفاع بالشىء لا متعلقة بملكيته ،فالملك العام لا يجوز بيعه،

---

(١) سورة النساء من آية : (١٤١) .

(٢) انظر الخرشى على مختصر خليل : (٦ / ١٢٢) ، الفواكه الدوانى : (٢ / ٢٣٥)، الشرح الصغير : (٣ / ٢٣١) ، الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٤٣٤ - ٤٣٥) ، القوانين الفقهية : (٣٢٠) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٥) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦) ، المجموع : (١٥ / ٤١) ، المهذب : (١ / ٣٦٣) ، كفاية الأخيار : (١ / ١٨٠) ، منار السبيل : (١ / ٤٢٩ - ٤٣٠) ، الروض المربع : (٣١١) ، كشاف القناع : (٤ / ٦٢)، المغنى : (٥ / ٣٥٩ - ٣٦٠).

(٣) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٩ .

ولكن تجوز إعارته ، فهو قابل للتعامل من ناحية الانتفاع به ، ولكنه غير قابل للتعامل من ناحية تملكه ، وينبنى على ذلك أن الشيء يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه أنه لا تجوز إعارة الأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب الممنوعة ولا الأشياء المهربة »[1] .

وهذا الشرط وإن كان يتفق مع الفقه الإسلامى فى الجملة ، إلا أن هذا المعيار نسبى يختلف باختلاف الشعوب والأزمان كما قلنا من قبل ، فما يعد مخالفة للآداب فى شعب قد لا يعد كذلك فى شعب آخر ، وما يعده الشعب الواحد مخالفاً للآداب فى زمن ، قد لا يعده كذلك بعد فترة من الزمن ، ولكنه يجب أن تكون المخالفة وعدم المخالفة هى بالنسبة للشريعة الإسلامية ، فما وافق الشريعة كان حلالاً ، وما خالفها كان حراماً .

ثالثا : من شروط المحل : أن يكون معيناً عند الحنفية ، ولم يشترط ذلك عند جمهور الفقهاء فلو قال المستعير : أعرنى دابة ، فقال المعير : ادخل الدار فخذ ما أردت لم تجز العارية عند الحنفية وقيل : إن خيره وقال : خذ أيهما شئت عارية صحت العارية .

وصحت الإعارة عند الجمهور . وهذا بخلاف الإجارة ، فإنها تصان عن مثل هذا ؛ لأن الغرر لا يحتمل فى المعاوضات[2] .

ووافق القانون ما ذهب إليه الحنفية من شرط التعيين فى الشيء المعار .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٩) .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٥) . روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦ - ٤٢٧) ، بحوث فى المعاملات فى فقه الكتاب والسنة لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف : ص١٥٩ مجلة الأحكام العدلية المادة (٨١١) .

قال الدكتور السنهورى : « كذلك يجب أن يكـون الشىء المعار معيناً تعييناً كافياً نافيـاً للجهالة الفاحشة أو قابـلاً للتعيين ، وتتبع فى ذلك الـقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن »[1] مادة (١٣٣ مدنى) .

وقال الدكتور الـسنهورى : « ويجب أن تـتوافر فى الـشىء المعار الـشروط العامة التى يجب توافرها فى المحل ، فيجب أن يكون الشىء موجوداً فلو كان الشىء المراد إعارته قد هلك قبل التعاقد انعدم المحل ولا تنعقد العارية »[2].

وهذا الشرط يتفق فـيه أيضاً مع الفقه الإسلامى وقد بيـنا ذلك من قبل فى أركان البيع .

والعارية تكون فـى الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعـرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، أى أنه يباح إعارة العقار والمنقول[3] .

والأمر كذلك عند فقهاء القانون : « إن أى شىء توافرت فيه الشروط سالفة الذكر تجوز إعارته ، ويـستوى فى ذلك المنقول والعقار ، فتـجوز إعارة المنقول وهذا هو الغالب فكثيراً ما تعار الآلات الزراعية وغيرها من الآلات الميكانيكية، وماكينات الخياطة وأجهزة التبريد والتدفئة ، والمركبات والسيارات ... ولا يوجد ما يمنع من إعارة العقارات وإن كان هذا لا يقـع كثيراً فتجوز إعارة قاعة لإلقاء محاضرة فيها أو لعقد اجتماع وتجوز إعـارة دار للسكنى فيها دون مقابل ، فإذا ما دفع مقابلاً كان هذا أجرة وكان العقد إيجاراً »[4] .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٩) .
(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥١٩) .
(٣) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٣١٣) .
(٤) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٥٢٠ - ١٥٢١) .

إعارة المشاع

قال ابن عابدين : « إعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان فى التى تحتمل القسمة أولا تحتملها من شريك أو أجنبى » .

« وكذلك إعارة الشىء من اثنين أجمل أو فصل ، بالتنصيف أو بالإثلاث ؛ لأن جهالة العين لا تفضى للجهالة لعدم لزومها »[١] .

وقال على حيدر فى درر الحكام : « لا يلزم أن يكون المستعار غير مشاع ، وعليه فإعارة المشاع صحيحة سواء كانت الإعارة للشريك أو الأجنبى ، كذلك تجوز إعارة الشىء الواحد لشخصين مناصفة أو ثلاثاً ، وسواء أكانت الإعارة لشخصين مجملة كقول المعير : أعرتكما مالى هذا ، أم مفصلة كقوله أعرتك نصف مالى هذا ، وأعرت هذا النصف الآخر »[٢] .

وقال ابن قاضى سماوة فى جامع الفصولين : « وأما إعارة المشاع فهى تجوز فى الوجوه كلها »[٣] .

« وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية : عن رجل أعار فرساً وهى شركة بغير إذن شريكه ، فماتت الفرس عند الذى أعارها شريكه فمن يضمن حصة الشريك ؟

فأجاب : إذا أعار نصيب الشريك بغير إذنه ، وتلفت الفرس كان له مطالبة المعير المعتدى بقيمة نصيبه ، وله مطالبة المستعير أيضاً والله أعلم »[٤] .

---

(١) حاشية ابن عابدين : (٤ / ٥٢٤) .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر : (٢ / ٣٤٦) .

(٣) جامع الفصولين : (٢ / ٨٦) .

(٤) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية : (٣٠ / ٣١٤) ، وانظر الفتاوى البزازية : (٢ / ٢٧) ، بهامش الجزء الخامس من الفتاوى الهندية . البحر الرائق ==

وهذا يدل على جواز إعارة المشاع سواء من شريكه أم من غير شريكه .

أما عن إعارة المشاع فى القانون : فقد نصت المادة (٨٢٦ / ١) من التقنين المدنى على الآتى :

« كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »[1] .

قال الدكتور نعمان جمعة : « هذا النص يحسم فى نظرنا المناقشات الفقهية حول تكييف طبيعة الملكية الشائعة فهى ملكية فردية تعطى لصاحبها كل سلطات المالك على المال الذى يملكه ، وما يملكه هو حصة شائعة أى حصة مجردة ذات طبيعة معنوية ، أما عن الشىء المادى فهو مملوك لمجموع الشركاء وليس لواحد منهم »[2] .

فمن خلال نص المادة السابقة يكون لمالك الحصة الشائعة عليها جميع أعمال التصرف من إعارة وبيع وغير ذلك ، فيجوز له أن يعير حصته الشائعة لشريكه أو لغيره ، ويكون تصرفه تصرفاً صحيحاً .

وقال الدكتور نعمان جمعة : « فبالنسبة للحصة الشائعة يكون لصاحبها عليها جميع أعمال التصرف من بيع وهبة ورهن إلخ ، وهذه التصرفات صحيحة ونافذة بشرط التزام المتصرف حدود حقه ، وهو الحصة الشائعة ، أما

= شرح كنز الدقائق لابن نجيم : (٧ / ٢٨٦) ، كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية والمجلة لسليم بن رستم باز : ص ٤١٩ ، مادة (٨١١) .

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

(٢) انظر الحقوق العينية للدكتور / نعمان محمد خليل جمعة : ص ٤٠٨ .

إذا تجاوز المالك على الشيوع حدود حقه بأن تصرف مثلاً فى حصة مفرزة أو فى أكثر من حصته ، أو فى المال كله ، فإن تصرفه لا يكون صحيحاً ولا منتجاً لآثاره ، ليس لأنه لا يملك سلطة المالك فى التصرف وإنما ؛ لأنه تجاوز حدود حقه »[1] .

ويمكن تصور ذلك مثلاً ، لو أن اثنين يمتلكان ثلاجة مثلاً ويستخدمانها ، فيجوز لأحدهما أن يعير حصته لثالث ؛ ليستخدمها مكانه مدة بدون عوض ، أو سيارة ، أو بيتاً ، أو مذياعاً ، وبهذا يمكن إعارة الحصة الشائعة من الشريك أو غيره .

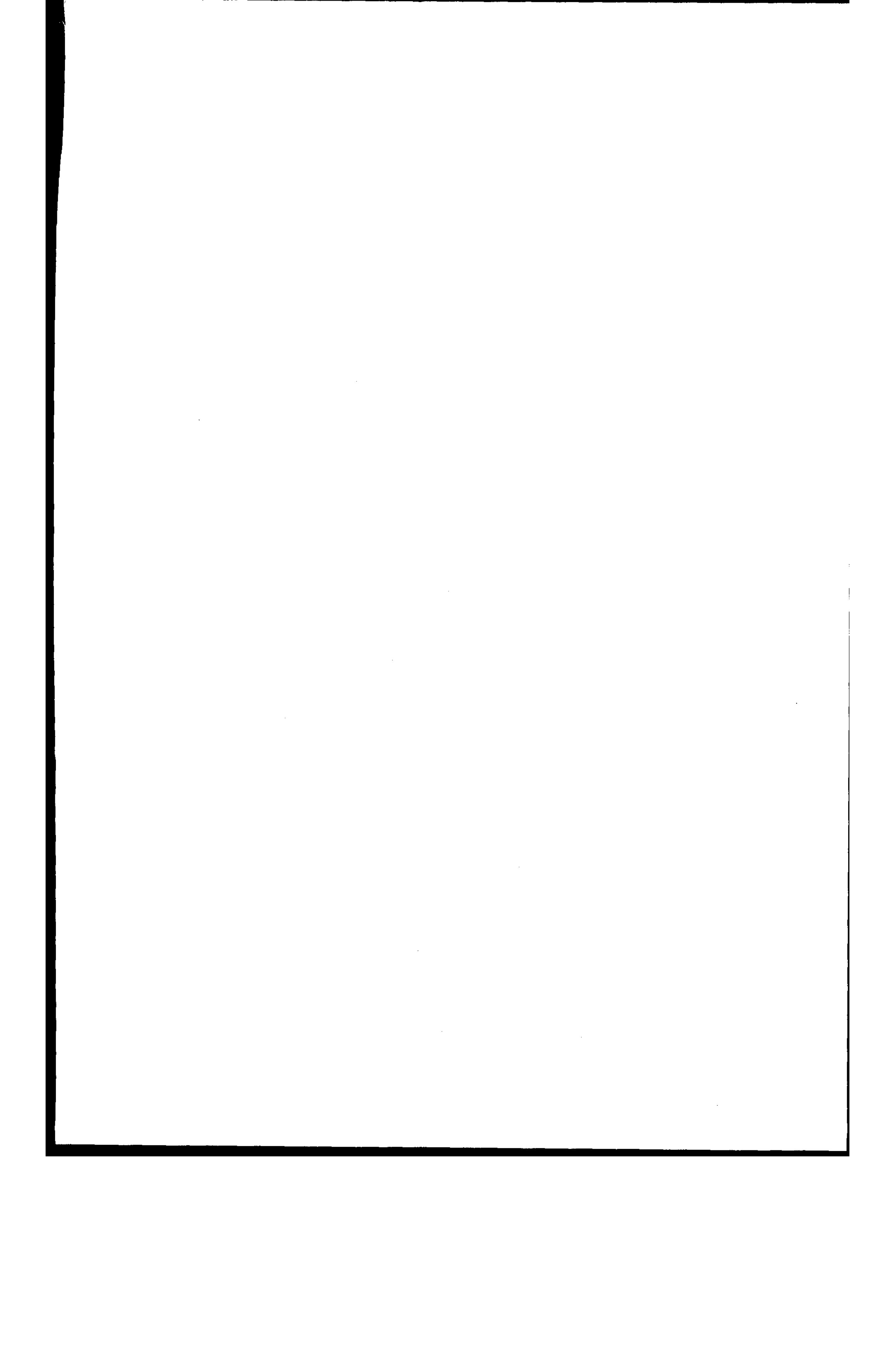
ومما سبق يتبين أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى جواز إعارة الشريك لحصته المشاعة .

---

(١) الحقوق العينية للدكتور / نعمان جمعة : ص ٤٠٨ - ٤٠٩ .



الفصل السابع
عتق المشاع
التعريف به - حكمه - أركانه - عتق المشاع



العتـــق

تعريف العتق :

يقال : عتق الشىء عتقاً قدم فهو عاتق وعتيق وعتق العبد عتقاً ، وعتاقا وعتاقة : خرج من الرق ، والعتق : الخلوص ومنه عتاق الخيل ، وعتاق الطير أى خالصتها . وسمى البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدى الجبابرة[١] .

والعتق فى الشرع :

تحرير الرقبة وتخليصها من الرق . أو هو إزالة الرق عن الآدمى . وإسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير به المملوك من الأحرار[٢] .

والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع[٣] : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[٤] وقوله : ﴿ فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ (١١) وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ (١٢) فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾[٥] .

---

(١) المعجم الوسيط مادة (عتق) .

(٢) مختار الصحاح مادة (عتق) .

(٣) انظر المغنى لابن قدامة : (١٢ / ٢٣٣) ، اللباب فى شرح الكتاب : (٣ / ١١١)، مغنى المحتاج : (٤ / ٤٩١) ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : (٤ ٣٥٩) .

(٤) سورة النساء : آية ٩٢ .

(٥) سورة البلد : الآيات : ١١ ، ١٢ ، ١٣ .

وأما السنة : فروى أبو هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ: « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل والفرج بالفرج »[١] .

والإجماع : قد أجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به[٢] .

فضل العتق :

جاء الإسلام ليمنع الرق والعبودية ويحرر الناس مما كانوا يعانونه فى جاهليتهم ، فجعل العتق من أفضل القرب إلى الله تعالى ؛ لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل ، والوطء فى رمضان ، والأيمان ، والظهار وجعله رسول الله ﷺ فكاكاً لمعتقه من النار ؛ لأن فيه تخليصاً للآدمى المعصوم من ضرر الرق، وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه ، وتمكنه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره .

والمستحب عتق من له دين وكسب حتى ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده ، فيضيع أو يصير كلا على الناس ، ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه .

وإن كان ممن يخاف عليه المضى إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام أو يخاف عليه الفساد : كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق. أو جارية يخاف منها الزنى والفساد كره إعتاقه . وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً ؛ لأن التوسل إلى الحرام حرام ،وإن أعتقه صح ؛

(١) صحيح مسلم بشرح النووى : (١٠ / ٤٠٥) ، كتاب العتق باب فضل العتق ، الإرب : العضو .

(٢) انظر المغنى : (١٢ / ٢٣٣) ، مغنى المحتاج : (٤ / ٤٩١) .

لأنه إعتاق صدر من أهله فى محله فصح كإعتاق غيره [١].

حكم الإعتاق:

ينقسم الإعتاق إلى أربعة أقسام :

أولا الواجب:

أما الواجب : فالإعتاق فى كفارة القتل ، والظهار ، واليمين ، والإفطار إلا أنه فى باب القتل والظهار والإفطار واجب على التعيين عند القدرة عليه . وفى اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى فى كفارة القتل والظهار : ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٢] ، وقال تعالى فى كفارة اليمين : ﴿ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[٣] وأنه أمر بصيغة المصدر .

ثانيا المندوب:

وهو الإعتاق لوجه الله تعالى من غير إيجاب ؛ لأن الشرع ندب إلى ذلك فروى عن النبى ﷺ أنه قال : « أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار »[٤] .

ثالثا المباح:

وهو : الإعتاق من غير نية ؛ لوجود معنى الإباحة فيه ، وهى تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعاً .

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة : (١٢ / ٢٣٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٥٠٩) .

(٢) سورة النساء من آية ٩٢ ، وسورة المجادلة من آية ٣ .

(٣) سورة المائدة من آية ٨٩ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى : (١٠ / ٤٠٥) ، كتاب العتق باب فضل العتق بلفظ قريب من هذا .

رابعاً المحظور:

وهو أن يقول لعبده : أنت حر لوجه الشيطان ويقع العتق لوجود ركن الإعتاق وشرطه ، وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض[١] . وقال ابن حزم : يجب رد هذا العتق وإبطاله ؛ لأنه وقع بخلاف ما أمر الله تعالى[٢] .

أركان العتق

وأركان العتق ثلاثة : المعتِق ، والمعتَق ، والصيغة :

الأول: المعتِق:

أما المعتِق : فيقع العتق من الحر ؛ لأن العتق لا يصلح إلا فى الملك ، ولا ملك للمملوك . وأن يكون المعتِق بالغاً ؛ لأن الصبى ليس من أهله ؛ لكونه ضرراً ظاهراً ولهذا لا يملكه الولى عليه ، وأن يكون عاقلاً ؛ لأن المجنون ليس بأهل للتصرف . وأن يكون المملوك فى ملكه أو يضيفه إليه : كإن ملكتك فأنت حر ، فلو أعتق عبد غيره لا ينفذ ، وإن ملكه بعده لقوله ﷺ : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم »[٣] .

قال ابن رشد : « وأجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك ، الصحيح، الرشيد ، القوى الجسم ، الغنى غير العديم ، واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض »[٤] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ٤٥) .

(٢) انظر المحلى لابن حزم : (٩ / ١٨٤) .

(٣) سنن أبى داود : (٢ / ٢٥٨) ، كتاب الطلاق باب الطلاق قبل النكاح ، سنن الترمذى : (٣ / ٤٦٨) ، كتاب الطلاق ما جاء لا طلاق قبل النكاح .

(٤) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٥٣٧) .

أما عتق المريض فقال الجمهور : إن عتقه صحيح إن وقع ، وإن مات كان من الثلث ، وقال الظاهرية : عتق المريض نافذ لعتق الصحيح[1] .

قال الكاسانى : « يصح الإعتاق من المريض مرض الموت إلا أن الإعتاق من المريض يعتبر من الثلث ؛ لأنه يكون وصية »[2] .

وقال ابن جزى : « فأما المريض فيصح عتقه ويكون فى الثلث من ماله ، فإن وسعة الثلث عتق جميعه ، وإلا عتق ثلثه .. ، وإن أعتق فى مرضه عبيداً ولم يكن له مال غيرهم ، أو أوصى بعتقهم أقرع بينهم بعد أن يقسموا ثلاثة أجزاء بالقيمة فيعتق جزء واحد منهم »[3] .

وقال النووى فى المنهاج : « ومن أعتق فى مرض موته عبداً لا يملك غيره عتق ثلثه ، فإن كان عليه دين مستغرق لم يعتق شىء منه ، ولو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم ، وقيمتهم سواء عتق أحدهم بقرعة »[4] .

عتق من أحاط الدين بماله :

أما من أحاط الدين بماله فإن الفقهاء اختلفوا فى جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعى والليث . وعمدتهم فى ذلك أن ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عوض .

---

(١) انظر المحلى : (٩ / ٣٤٨) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ٥٦) .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ ، وانظر بداية المجتهد : (٢ / ٥٣٨) ، والشرح الصغير : (٤ / ٤٩١) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى : (٤ / ٣٥٩) .

(٤) مغنى المحتاج والمنهاج : (٤ / ٤٩١) ، والمهذب : (٢ / ٢) .

وقال فقهاء العراق : ذلك جائز ما لم يحجر عليه الحاكم ، فإن حجر فلا يجوز ، وعمدتهم فى ذلك أنهم قالوا : إن الإجماع انعقد على أنه له أن يطأ جاريته ، ويحبلها ، ولا يرد شيئاً مما أنفقه من ماله على نفسه حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا قول الشافعى[1] .

وقال ابن حزم : « ومن أحاط الدين بماله كله فإن كان له غنى عن مملوكه جاز عتقه فيه ، وإلا فلا[2] .

ثانيا المعتق :

وهو كل إنسان مملوك يتعلق بعينه حق لازم . ويشترط فيه أن يكون موجوداً بيقين فإن لم يكن لم تصح الإضافة . فإن قال لجارية مملوكة له : حمل هذه الجارية حر أو ما فى بطن هذه الجارية حر ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق ، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق .

وأيضاً يشترط أن تكون إضافة العتق إلى جميع بدن المعتق ، أو إلى جزء جامع منه : وهو الذى يعبر به عن جميع البدن أو إلى جزء شائع ، وهذا عند الحنفية خلافاً للشافعية كما سنرى .

وأيضاً يشترط قبول العبد فى الإعتاق على مال ، فإذا لم يقبل لا يعتق ، وأن يحضر المعتق مجلس الإعتاق إن كان العبد حاضراً ، ومجلس العلم إن كان غائبا[3] .

---

(١) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٥٣٧) ، والمراجع السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم : (٩ / ٢١٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ٥٦) ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ .

صيغة العتق:

وأما ألفاظ العتق فإن منها : صريحاً ومنـها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ، فعند الحنفية إذا قال المولى لعبده أو أمته : أنت حر ، أو معتق ، أو عتيق ، أو محرر ، أو قد حررتك أو أعتقتك فقد عتق العبد سواء نوى المولى أو لم ينو ؛ لأن هذه الألفاظ صريحة فـي ذلك ؛ ولأنها مستعملة فيه شـرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية ؛ لأنهـا إنما تشترط إذا اشتبه مراد المتكلـم وهذا لا اشتباه فيه ، فلا تشترط فيه النية .

وكذلك يحكم بالحرية إذا قال : رأسك حر ، أو وجهك ، أو رقبتك ، أو بدنك، أو قال لأمته : فرجك حر ؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن . والكناية كمـا لو قال لعبده : لا ملك لى عليك ونـوى به الحرية عتق ، وإن لم ينو لم يعتـق ؛ لأنه كناية ولأنه يحتمل أنه أراد لا ملـك لى عليك ؛ لأنى بعتك، ويحتمل لأنى أعتقتك ، فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية ، ولو قال : خرجت من ملكى ولا سبيل لى عليك ، وقـد خليت سبيلك ؛ لاحتمال نفى هذه الأشياء بالبيع أو الكتابة : كاحتماله بالعتق ، فلا يتعين إلا بالنية .

ولو قال : هذا ابنى وثـبت على ذلك عتق ، إذا كان يولد مثـله لمثله . ولو قال لغلام لا يولـد مثله لمثله : هذا ابـنى عتق عند أبى حنـيفة - رحمه الله - وقال محمد وأبو يوسف : لا يعتق .

وإذا قال لعـبده : هذا مولاى أو يا مولاى عـتق ؛ لأن لفظ المولى مـشترك أحد معانـيه المعتَق ، وفى العـبد لا يليق إلا هذا المـعنى فيعتق بـلا نية ؛ لأنه التحق بالصريح كقوله : يا حر يا عتيق .

وإن قال : يـا ابنى ، أو يـا أخى لم يـعتـق ؛ لأن هذا اللـفظ فى الـعادة يستعمل للإكرام والشفقة ، ولا يراد به التحقيق .

وإن قال لعبده : أنت مثل الحر لم يعتق ؛ لأن مـثل تستعمل للمشاركة فى

بعض المعانى عرفاً ، فوقع الشك فـى الحرية فلم تثبت ، وإن قال له : ما أنت إلا حر عتق ؛ لأن الاستثنـاء من النفى إثبات على وجه التأكيـد كما فى كلمة التوحيد[(١)] .

وعند المالكية الصيغة نوعان :

صريح : وهو لفظ الإعتاق ، والتحرير ، وفك الرقبة .

وكناية كقوله للعبد : قد وهبت لك نفسك ، أو لا سبيل لى عليه أو اذهب واغرب ، فلا تعمل إلا باقتران النية ، فينوى السيد فيما أراد .

وإن قال لعبده : يا بنى أو قال لأمته : يا بـنتى لم يكن عتقاً ، خلافاً لأبى حنيفة كما سبق ، ويحكم بالعتق إن تعتمد مثله برقيقه: كقطع ظفر أو سن[(٢)] .

وقال الشيـرازى : ويصح العتق بـاللفظ الصريـح ، وبالكناية ، والـصريح العتق والحرية ؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة .

والكناية : كقول السيد لعبده : سيبتك ، وخليتك ، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لـى عليك ، ولا سلطـان لى عليك ، وأنت لله ، وأنـت طالق وما أشبهها ؛ لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية .

وفى قوله : فككت رقبتك وجهان أحدهما : أنه صريح لأنه ورد به القرآن فى قوله تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾[(٣)] والثانى: أنه كناية ؛ لأنه يستعمل فى العتق وغيره .

وإن قال لأمته : أنت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان ، أحدهما :

---

(١) انظر اللباب شرح الكتاب : (٣ / ١١١ - ١١٢ - ١١٣) ، الهداية وفتح القدير : (٤ / ٤٣٢ - ٤٣٣) ، الدر المختار ورد المحتار : (٣ / ٦) .

(٢) انظر القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ - ٣٢٣،الشرح الصغير :(١٥٩/٤ ، ١٦٠ ، ١٦١).

(٣) سورة البلد آية ١٣ .

تعتق ؛ لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق . والثانى : لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق[١].

وعند الحنابلة يحصل العتق بالقول وصريحه : لفظ العتق والحرية كيف صرفا؛ لأن الشرع ورد بهما فوجب اعتبارهما ، فمن قال لقنه[٢] أنت حر أو محرر أو حررتك ، أو أنت عتيق أو معتق ، أو أعتقتك ، عُتِقَ ، وإن لم ينوه يحصل بالفعل فمن مثَّل برقيقه فجدع أنفه ، أو أذنه ونحوهما كما لو خصاه ، أو خرق ، أو حرق عضواً منه ، أو استكرهه على فعل الفاحشة ، أو وطأ من لم يوطأ مثلها لصغر فأفضاها - أى خرق ما بين سبيليها - عتق فى الجميع ، نص عليه بلا حكم حاكم .

وكناياته مع النية ستة عشر عندهم : مثل قوله : خليتك وأطلقتك ، والحق بأهلك ، واذهب حيث شئت ، ولا سلطان لى أو لا سبيل لى ، أو لا ملك ، أو لا رق ، أو لا خدمة لى عليك ، وفككت رقبتك ، ووهبتك لله ، وأنت لله ، ورفعت يدى عنك إلى الله ، وأنت مولاى ، أو سائبة ، وأملكتك نفسك ، وتزيد الأمة بأنت طالق ، أو حرام ، فلا يعتق بذلك حتى ينويه ؛ لأنه يحتمل العتق وغيره[٣] .

ومن خلال ما سبق نرى أن الصيغة تكون صريحة وبالكناية ، والكناية تحتاج إلى نية ، وقرينة تدل على العتق .

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٤ / ٤٩٢ - ٤٩٣) .

(٢) القن : هو العبد الذى لا يجوز بيعه ولا اشتراؤه أى خالص العبودية . التعريفات : ص ١٥٧ .

(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ٥١١ - ٥١٢) ، منار السبيل : (٢ / ٩٩ - ١٠٣)، المغنى : (٣٢٤١٢) .

عتق المشاع

إذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه :

قال الحنفية : إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض الذى نص عليه فقط ، وسعى العبد فى بقية قيمته لمولاه ؛ لاحتباس مالية البعض الباقى عند العبد، فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان ، أو معسراً فكذا هنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه[1] ، ويصير بمنزلة المكاتب ، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق ؛ لأنه إسقاط ، والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعارضة ، لا أنها إنما تتحقق بين اثنين ، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعارضة لا يقبل الفسخ .

وهذا بخلاف الكتابة المقصودة ، فإنها إسقاط من الموالى إلى المكاتب إقداراً على تحصيل بدل الكتابة ، فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ ؛ لأنها عقد يقال ويفسخ . وهذا عند أبى حنيفة لتجزئ الإعتاق عنده فيقتصر على ما أعتق. وأن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه . فإذا كان ذلك كله له لم يكن هنالك ضرر[2] .

وقال ابن حزم : « ومن أعتق عضواً أى عضو كان من أمته أو من عبده ، أو أعتق عشرهما ، أو جزءاً مسمى كذلك عتق العبد كله ، والأمة كلها ،

---

(١) الاستسعاء : يقال : استسعى العبد كلفه من العمل ما يؤدى به عن نفسه إذا أعتق بعضه ، ليعتق به ما بقى (المعجم الوسيط مادة سعى) .

(٢) انظر اللباب شرح الكتاب : (٣ / ١١٤ - ١١٥) ، الهداية وفتح القدير : (٤ / ٤٥٧ ، ٤٥٨ وما بعدهما) .

وكذلك لو أعتق ظفراً أو شعراً أو غير ذلك وهو قول طاووس وحماد»[(١)،(٢)].

وذهب جمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والأوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف والشيعة - إلى أنه يعتق عليه كله .

واستدلوا على ذلك بأنه لما ثبت السنة فى إعتاق نصيب الغير على الغير؛ لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه فى ملكه ، وبما رواه النسائى وأبو داود عن أبى المليح عن أبيه : أن رجلاً من هذيل أعتق شقصاً له من مملوك فتمم النبى ﷺ عتقه وقال : « ليس لله شريك »[(٢)] ؛ ولعدم التجزئة فإضافة العتق إلى البعض كإضافته إلى الكل ، قال ابن جزى : « ومن أعتق بعض عبده ، أو عضوا منه عتق سائره عليه »[(٣)] .

وقال الخطيب الشربينى : « وتصح إضافة العتق إلى جزء معين من الرقيق كيده ، أو شائع منه : كربعه فيعتق كله سراية سواء فى ذلك الموسر وغيره»[(٤)] للحديث السابق .

وقال ابن قدامة : « ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه

---

(١) المحلى : (٩ / ١٨٩)، طاووس بن كيسان اليمانى ، أبو عبد الرحمن يقال : اسمه ذكوان وطاووس لقب وهو فقيه مات سنة ١٠٦ هـ وقيل بعد ذلك ، انظر تقريب التهذيب : (١ / ١٩٧ - ٣٧٧) .

(٢) سنن أبى داود : (٤ / ٢٣) كتاب العتق باب فيمن أعتق نصيباً له من مملوك ، مسند الإمام أحمد : (٥ / ٧٤) من مسند أسامة الهذلى رضى الله عنه .

الشقص : القطعة من الشىء والجزء والنصيب . انظر المعجم الوسيط مادة (شقص) .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ .

(٤) مغنى المحتاج : (٤ / ٤٩٢) .

بإجماع أهل العلم ، وإن أعتـق بعضه عتق كله فى قول جمـهور العلماء .. ؛ لأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الادمـى فزال عن جميعه كالطلاق ... ، ولا فرق بين أن يعتق جزءاً كبـيراً كنصفه وثلثه أو صغيراً : كعـشرهوعشر عشره ، ولا نعلم فى هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً »[1] .

قال ابـن رشد بعد مـا ذكره حديث الـرسول ﷺ السـابق الذى استـدل به الجمهـور وهو « ليس لله شريـك » : « وعلى هذا فقد نـص على العلـة التى تمسك بها الجمهـور ، وصارت علتهم أولى ؛ لأن العلة المنصـوص عليها أولى من المستـنبطـة ، فسبب اختـلافهم تعارض الآثـار فى هذا البـاب ، وتعارض القياس..»[2] والأرجح هو رأى الجمهور لقوة أدلتهم ، وللحديث السابق .

العبد بين الرجلين يعتق أحدهما نصيبه :

ذهب أبو حنيفة إلـى أنه : إن كان العبد بين شريكين فأعتق أحـدهما نصيبه منه عتق عليه نصيبه . ثم لا يخلو المعتِق من أن يكون موسراً أو معسراً :

فإن كان المعتق موسراً : وهو أن يكون مالـكاً يوم الإعتاق قدر قيمة نصيب الآخر سوى ملبوسـه وقت يومه فى الأصح ، فشريكه بالخيـار بين ثلاثة أشياء وهى :

إن شاء أعتـق كما أعتق شريـكه ليكون ملـكه فى الباقى ، ويـكون الولاء لهما؛ لصدور العتق منهما .

وإن شاء ضمن شريـكه قيمة نصيبه ؛ لأنـه جان عليه بإفساد نصـيبه حيث

---

(١) المغنى : (١٢ / ٢٥٣) .

(٢) بداية المجتهد : (٢ / ٥٤٠ - ٥٤١) ، وشرائع الإسـلام فى مسائل الحلال والحرام لنجم الدين جعفر بن حسن : (٣ / ١١١) .

امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق ، وتوابعه والاستسعاء ، ويرجع المعتق على العبد بما ضمن ، والولاء للمعتق فى هذا الوجه ؛ لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان .

وإن شاء استعسى العبد ويكون الولاء بينهما ؛ لصدور العتق منهما .

وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار بين شيئين :

إن شاء أعتق لبقاء ملكه .

وإن شاء استعسى العبد ، والولاء بينهما فى الوجهين ، وليس له تضمين المعتق ؛ لأنه صفر اليدين هذا عند أبى حنيفة .

وقال محمد وأبو يوسف : ليس له إلا الضمان للمعتق مع اليسار ، والسعاية للعبد مع الإعسار[1] .

وذهب مالك والشافعى وأحمد : إلى أنه إذا كان المعتِق معسراً لم يلزمه شىء وبقى المعتَق بعضه عبداً ، وأحكامه أحكام العبد ، وإن كان موسراً قوِّم عليه الباقى ، فغرم لشريكه قيمة نصيبه ، وعتق جميع العبد .

قال ابن جزى[2] : « ولو أعتق نصيباً له فى عبد قوِّم عليه الباقى فغرم لشريكه قيمة نصيبه وعتق جميع العبد » .

وقال : ويشترط فى المذاهب لتكميل العتق ثلاثة شروط .

---

(١) انظر اللباب شرح الكتاب : (٣ / ١١٥ - ١١٦) ، الهداية وفتح القدير وشرح العناية : (٤ / ٤٦٢ - ٤٦٤) .

(٢) ابن جزى أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى توفى سنة ٧٤١ هـ . القوانين الفقهية : ص ٣ .

أحدهما : أن يعتق نصيب نفسه أو الجميع ، فلو قال : أعتق نصيب شريكى كان لغواً .

الثانى : أن يكون موسراً فإن كان معسراً لم يلزمه شيء ، وعتق من العبد ما أعتق وبقى سائره رقيقاً . وقال مالك : لا يسعى العبد إلا إن تطوع سيده بذلك.

الثالث : أن يحصل العتق باختياره أو بسببه ، فلو ورث نصف قريبه لم يحصل العتق ، ولو وهب له أو اشتراه[(١)] .

وقال الشافعية : إذا كان بين الشريكين عبد فأعتق أحدهما العبد كله ، أو نصيبه ، أو بعضه بنفسه ، أو وكيله عتق نصيبه ، فإن كان معسراً بقى الباقى من العبد لشريكه ، ولا يسرى إليه العتق لما روى ابن عمر عن النبى ﷺ : «من أعتق شركاً له فى عبد ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم العبد عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه منه ما عتق »[(٢)]. وإذا لم يكن معسراً سرى العتق إلى كل العبد ودفع لشريكه قيمة حصته[(٣)] .

وقال البهوتى[(٤)] من الحنابلة : وإن أعتق أحد شريكين شركاً له فى عبد أو

(١) انظر القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ .

(٢) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥ / ١٧٩) ، كتاب العتق باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، صحيح مسلم بشرح النووى : (١٠ / ٣٨٩) ، كتاب العتق . حديث رقم (١٥٠١) ، ونصب الراية للزيلعى : (٣ / ٢٨٣) ، كتاب العتق باب العبد يعتق بعضه .

(٣) انظر مغنى المحتاج : (٤ / ٤٩٥ - ٤٩٦) .

(٤) البهوتى : منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس الشهير بالبهوتى المصرى وبهوت بلدة فى محافظة الغربية ، مقدمة الروض المربع : ص ١١ .

أمة بأن أعتق حصته أو بـعضها أو أعتق العبد المشترك كلـه أو أعتق الأمة كلها وكان الشريك المعتِق مؤسراً بقيمة باقيه عتق العبد كله ، أو الأمة كلها ، وعلى الشريك المباشر للعتق قيمة باقيـه لشريكه ، وإلا عتق منه بقدر ما هو موسر به ويبقى باقى العبد رقيقاً ، واستدلوا على ذلك بالحديث السابق[1] .

وقال ابن حزم : ومن ملك عبداً أو أمة بينه ، وبين غيره فأعتق نصيبه كله ، أو بعضه ، أو أعتـقه كله - عتق جميـعه حين يلفظ بذلك ، فـإن كان له مال يفى بقيمة حصة من يشركه حين لفظ بعتق ما أعتق منه أداها إلى من يشركه ، فإن لم يكن له مال يفى بذلك كلف الـعبد ، أو الأمة أن يسعى فى قيمة حصة من لم يعتق على حسب طاقته لا شيء للشريك غير ذلك ، ولا له أن يعتق ، والولاء للذى أعتق أولاً ، وإنما يقوم كله ثم يـعرف مقدار حصة من لم يعتق، ولا يرجع العبد المعتق على من أعتقه بشيء مما سعى فيه حدث له مال ، أو لم يحدث[2] .

وهذا قول أبى يوسف ومحمد . واستدلـوا بحديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « من أعتق شقصاً له فى عبد فخلاصه فى ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه »[3] ، وقالوا فى حديث ابن عمر الذى استـدل به الشافعـية والمالكيـة والحنابلـة أن بعض رواته شك فـى الزيادة المعارضة فيه لحـديث أبى هريرة ، وهو قوله : « وإلا فقد عتـق منه ما عتق » فهل هى مـن قوله عليه الصـلاة والسلام ؟ أم من قول نافع ؟ وإن فـى ألفاظه أيضاً بين رواته اضطراباً .

---

(١) انظر كشاف القناع : (٤ / ٥١٦) .

(٢) انظر المحلى : (٩ / ١٩٠ - ١٩١) .

(٣) صحيح البخارى مع فتح الـبارى : (٥ / ١٨٥ - ١٨٦) كتاب العتق باب إذا أعتق نصيباً فى عبد صحيح مسلم بشرح النووى : (١٠ / ٣٩٠ - ٣٩١) ، كتاب العتق باب ذكر سعاية العبد .

ومن طريق المعنى أن الحرية حق ما شرعى لا يجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه ، وإذا كان معسراً سعى العبد فى قيمته، وفيه مع هذا دفع الضرر الداخل على الشريك ، وليس فيه ضرر على العبد .

وأيضاً أتوا بقياس شبهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان: نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه ، وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك . فالذى بالاختيار منه هو الكتابة ، والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى[1] .

ورد الفريق الآخر حديث أبى هريرة بأنه قد اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية ، وقالوا إنها من كلام قتادة وليس من الحديث .

ومن طريق المعنى فاعتمدوا فى ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه ، والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شىء[2] .

وأرى أن الراجح ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد وابن حزم لقوة أدلتهم ، ولحرص الإسلام على الحرية ، فجعل الموسر إن أعتق جزءاً فإنه يقوم عليه جزء شريكه ويعتق العبد كله فإن كان معسراً استعسى العبد[3] فى عتق نفسه

---

(١) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٥٣٩) ، وشرح النووى لصحيح مسلم فى الحديث السابق ، ونصب الراية للزيلعى : (٣ / ٢٨٢ - ٢٨٣) ، ونيل الأوطار : (٦ / ٨٥ - ٨٦) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) انظر شرائع الإسلام : (٣ / ١١١) .

لكى لا يترك لا هو بالحر ، ولا هو بالعبد ، وهذا ما قاله الشيعة الإمامية أيضاً إن الخبرين صحيحان ، ولكن جاء حديث أبى هريرة بزيادة لا يحل تركها إذا وجدت صحيحة ، وقد وجدت صحيحة ، فيجب الأخذ بها .

أيضاً إن ما جاء فى حديث ابن عمر - رضى الله عنهما - فى قوله عليه الصلاة والسلام : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » دليل على حكم المعسر أصلاً، وإنما هو مسكوت عنه فى هذا الخبر ، ولا شك فى أنه قد عتق منه ما عتق ، وبقى حكم المعسر فوجب طلب الزيادة فى غير هذا الخبر، فإذا وجدت صحيحة وجب الأخذ، وقد وجدت صحيحة فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه[1] .

ولم يتكلم القانون عن الرق لإلغاء الرق من العالم ، وكانت أول محاولة دولية لإلغاء تجارة الرق السود اتخذت فى مؤتمر فيينا فى ٩ فبراير ١٨١٥ م .

وفى ٢٥ سبتمبر ١٩٢٦ م أقرت عصبة الأمم اتفاقية دولية حول تحريم بعض أشكال تجارة الرقيق، ولذلك أدخلت عليها تعديلات طبقا لبرتوكول ٧ ديسمبر ١٩٥٣م .

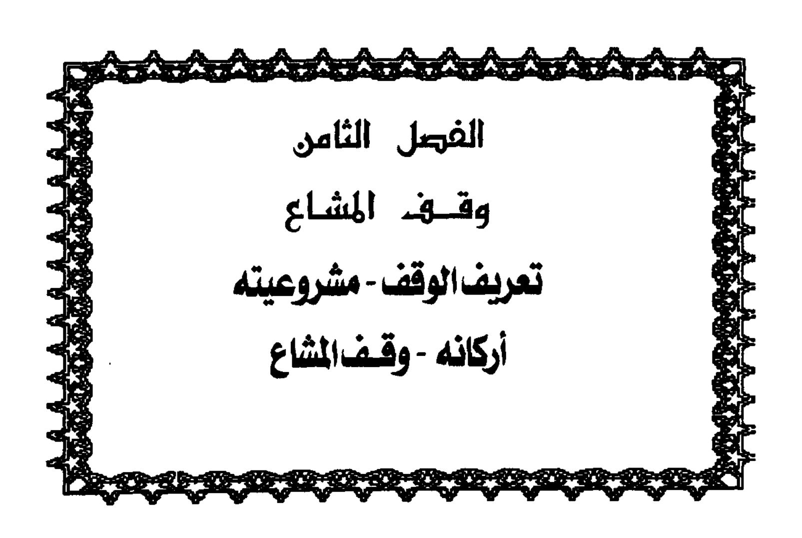
وفى المؤتمر العالمى لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ م قد نص على تحريم العبودية تحريماً واضحاً وشاملا فقد نص فى المادة الرابعة على أنه : « لا يمكن لأى شخص أن يؤخذ كعبد أو وضعه فى حالة تتعارض مع إرادته ، كذلك تحريم القنان وتجارة العبيد بجميع أشكالها » .

وكانت آخر وثيقة دولية تنص على تحريم العبودية هى ما أقرته الأمم المتحدة فى اتفاقية ١٩٥٦ م والتى تنص على القضاء على العبودية وتجارة العبيد والمؤسسات والعادات التى تتماثل معها »[2] .

---

(١) انظر المحلى : (٩ / ١٩٠) وما بعدها .

(٢) مسألة الرق فى أفريقيا بحوث ودراسات د . نافع محمد الحسن .



الفصل الثامن

وقف المشاع

تعريف الوقف - مشروعيته

أركانه - وقف المشاع

تعريف الوقف

الوقف فى اللغة:

هو : الحبس وقفت الأرض على المساكين أى حبستها . ووقفت الدار وقفاً حبستها فى سبيل الله . والوقف الموقوف تسمية لاسم المفعول بالمصدر ، ثم اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف[١] .

شرعاً : عرفه الحنفية بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير ، وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف ، ويصح له الرجوع عنه ، ويجوز بيعه وهذا عند أبى حنيفة ؛ لأن الأصح عنده أن الوقف جائز غير لازم كالعارية فلا يلزم إلا بأحد أمور ثلاثة :

١ - أن يحكم به الحاكم المولى لا المحكم[٢] ؛ لأنه مجتهد فيه ، وصورة الحكم : أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولى ثم يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم فيختصمان إلى القاضى فيقضى باللزوم .

٢ - أو يعلقه بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت دارى مثلاً ، فالصحيح أنه كوصية يلزم من الثلث بالموت لا قبله .

٣ - أن يجعله وقفاً بمسجد ، ويفرزه عن ملكه ، ويأذن بالصلاة فيه ، فإذا صلى فيه زال ملكه عند أبى حنيفة[٣] .

---

(١) انظر لسان العرب : (٦ / ٤٨٩٨) مادة وقف ، المصباح المنير : (٦٦٩) مادة وقف ، سبل السلام للصنعانى : (٣ / ٨٧) .

(٢) قيد الحكم بالحاكم المولى ؛ لأن المحكم بتحكيم الخصمين لا يرفع الخلاف على الصحيح ، انظر اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٣٠) .

(٣) انظر اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٣٠)، الدر المختار: (٣ / ٣٦٨ - ٣٧٢ - ==

وعند الصاحبين :

هو حبسها على حكم ملك الله تعالى ، وصرف منفعتها على من أحب ولو غنياً فيلزم ، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه وعليه الفتوى ، وعند أبى يوسف : يزول الملك بمجرد القول ، وعند محمد : لا يزال حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه[1] .

وعرف الشافعية والحنابلة الوقف بما عرفه به الصاحبان :

فقد عرفه الشافعية بقولهم : هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف فى رقبته من الواقف وغيره ، على مصرف مباح ، موجود ، وتصرف منافعه وفوائده إلى وجوه البر تقرباً إلى الله تعالى ، وعليه يخرج المال عن ملك الواقف ، ويصير حبيساً على حكم ملك الله تعالى ، ويمنع على الواقف تصرفه فيه ، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف[2] .

وعرف الحنابلة بما عرفه الشافعية[3] .

وعرفه المالكية بقولهم : هو جعل المالك منفعة مملوك ، ولو كان مملوكاً بأجرة لمستحق بصيغة دالة عليه مدة ما يراه المحبس فلا يشترط فيه التأبيد[4] .

أى إن المالك يحبس العين عن أى تصرف تمليكى ، ويتبرع بريعها لجهة

== ٣٧٣) ، بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٨ - ٢١٩) ، فتح القدير : (٦ / ٢٢٠) .

(١) الدر المختار : (٣ / ٣٦٩) ، لسان الحكام لابن الشحنة : (٢٩٣) ، اللباب شرح الكتاب (٢ / ١٣٠) .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٦) ، المجموع : (١٦ / ٢٤٣) .

(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ٢٤٠) ، والروض المربع : (٣٣٥) .

(٤) انظر الشرح الصغير : (٤ / ٩٧ - ٩٨) ، الفروق للقرافى : (٢ / ١١١) ، الشرح الكبير : (٤ /٧٦) والفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٥٥) .

تبرعاً لازماً مع بـقاء العين علـى ملك الواقف ، مدة مـعينة من الـزمان ، فلا يشترط فيه التأبيد . ومثال المملوك بأجرة : أن يستأجر داراً مملوكة أو أرضا مدة معينة ، ثم يوقف منفعتها لمستحق آخر غيره فى تلك المدة . وبه يكون المراد من المملوك إمـا ملك الذات أو ملك المـنفعة . فالوقف عـند المالكية لا يـقطع حق الملكية فى العين الموقوفة ، وإنما يقطع حق التصرف فيها[1] .

وقد أخذ قانون الـوقف فى المادة (١١) برأى أبى حنيفـة : أى بقاء العين على حكم ملك الواقف حيث نص على الآتى : « للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضـه ، كما يجوز أن يغير فـى مصارفه وشروطه ولو حرم نـفسه من ذلك، على ألا ينفذ التغيير إلا فـى حدود هذا القانون ، ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيمـا وقفه قبل العمل بهذا القانون . ولا يجـوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه ، ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحاً »[2].

وجاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون ما يلى : « وقد دلت الحوادث على أن بعض الواقفين قد تطرأ عليهـم ضرورات لا يمكن تلافيها إلا بإجازة الرجوع فيما وقفوه كله أو بعضه ، فقد يـكون الواقف حين وقفه تاجراً حسن الحال ثم يشرف على الإفـلاس ، ولا يكون له ما يفك به عسـرته ليحفظ سمعـته المالية والتجارية ، وقد تكون العين الموقوفة مرهونـة معرضة للبيع فى الدين بالغبن ، ولو كان الواقف حراً فى تصـرفه لاستطاع بيع بعضها وتخليـص باقيها وأشباه ذلك من الأمثلة كثير ، فتيسيراً لـلناس وعملاً بالأصلح اختار المشرع ألا يكون

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٥٦) .

(٢) انظر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م .

الوقف لازماً للواقف ، فله ما دام حياً أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، ويكون لازماً بعد وفاته ، سواء كان مؤبداً أم كان مؤقتاً »[١] .

غير أن إجازة الرجوع على هذا الأساس لا تخرج العين الموقوفة عن الواقفية قبل الرجوع ، ولا يمكن أن تعتبر ملكاً محضاً كسائر أملاك الواقف الأخرى الحرة ، فما لم يرجع الواقف عن الوقف صراحة لا تعطى الأعيان الموقوفة حكم الأعيان المملوكة له ملكاً حراً ، فليس لمن ثبت له على الواقف دين بعد الوقف أن يطالب ببيع العين الموقوفة فى دينه هذا قبل الرجوع صراحة عن الوقف بحجة أن للواقف حق الرجوع ، وأن العين تعتبر مملوكة له ، كما أن الواقف ليس له قبل الرجوع أن يبيعها أو يرهنها بمثل هذه الحجة ، فالوقف لا يزال قائماً وله جميع أحكام الوقف الأخرى[٢] .

وأنا أميل إلى رأى الحنفية ؛ لأن الله تبارك وتعالى جعل الإنسان يجود بما يستطيع ، وبما فضل عن حاجته ، وبالوقت الذى يتناسب معه ، على أن يحدد ذلك ، ونتفق مع ما ذهب إليه القانون ، ومذكرته التفسيرية تيسيراً للناس؛ ولفتح أبواب الخير ، فيمكن الأخذ بما ذهب إليه الحنفية ، ومعهم المالكية حتى لا يمنع الخير والبر ، وكل إنسان يجود ويتصدق بما يراه وبما فضل عن حاجته فى حدود الشرع وإن كانت تعريفات الصاحبين والشافعية والحنابلة هى الأشهر عن الناس ، وإن كان لا يصح وقف المنافع وحدها دون الأعيان عند الحنفية ؛ لأنها لا تحاز ولا تحرز ، وإنما تستوفى شيئاً فشيئاً مع الزمن ، لكن المالكية يجيزون وقف المنفعة ، وإن كانت مؤقتة ؛ لأنه لا يشترط لديهم تأبيد الوقف .

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية : ص ٢٧ .

(٢) انظر المذكرة التفسيرية : ص ٢٧ - ٢٨ .

مشروعية الوقف

إن مشروعية الوقف بالكتاب أخذت من النصوص العامة من الكتاب العزيز استنباطاً كقوله تعالى : ﴿ لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾[١] ، وقوله تعالى : ﴿ وَمَا تُقَدِّمُوا لأَنفُسِكُم مِّنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِندَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا ﴾[٢] ، إلى غير ذلك من الآيات الكريمة ، فهى بعمومها تفيد الإنفاق فى وجوه الخير والبر والوقف : إنفاق المال فى جهات البر[٣] .

أما السنة : فهى أصل مشروعية جوازه ، والأصل فى ذلك حديث عمر - رضى الله عنه - فقد روى ابن عمر أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال يا رسول الله : أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى؟ فقال : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها عمر ، على ألا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى ، والرقاب ، والضيف ، وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، ويطعم غير متمول ، وفى لفظ غير متأثل مالا[٤] [٥].

وقال ابن حجر : وحديث عمر هذا أصل فى مشروعية الوقف[٦] .

---

(١) سورة آل عمران آية (٩٢) .

(٢) سورة المزمل من آية (٢٠) .

(٣) انظر كتاب الوقف للأستاذ / أحمد إبراهيم : ص ٤ .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥ / ٤٦٨) ، كتاب الوصايا باب الوقف كيف يكتب، صحيح مسلم بشرح النووى: (١١ / ٩٥ - ٩٦)، كتاب الوصية باب الوقف .

(٥) غير متمول : غير متخذ منها مالاً ، أى ملكاً ، والمراد أنه لا يتملك شيئاً من رقابها، غير متأثل : غير جامع ، وكل شيء له أصل قديم أو جمع حتى يصير له أصل فهو مؤثل .

(٦) فتح الباري : (٥ / ٤٧٢) .

ومنها ما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ أنه قال : « إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء : صدقة جارية ، أوعلم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له »[١] .

وعن عثمان - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة ، فقال : « من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة » ، فاشتريتها من صلب مالى »[٢] ، رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه العام[٣] .

وقد ذهب إلى جواز الوقف ولزومه جمهور العلماء ، وقال الترمذى : لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافاً فى جواز وقف الأرضين[٤] .

وجاء عن شريح[٥] أنه أنكر الحبس ، وقال أبو حنيفة لا يلزم وخالفه جميع أصحابه إلا زفر ، وقد حكى الطحاوى عن أبى يوسف أنه قال : لو بلغ حديث عمر أبا حنيفة لقال به[٦] .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى : (١١ / ٩٤) ، كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد مماته .

(٢) سنن الترمذى : (٥ / ٥٨٥ - ٥٨٦) ، كتاب المناقب باب فى مناقب عثمان ، سنن النسائى : (٦ / ٢٣٥) ، كتاب الأحباس باب وقف المساجد .

(٣) نيل الأوطار : (٦ / ٢١) .

(٤) انظر نيل الأوطار : (٦ / ٢٢) .

(٥) شريح : شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندى ، أبو أمية : من أشهر القضاة الفقهاء فى صدر الإسلام ، أصله من اليمن ولى قضاد الكوفة فى زمن عمر وعثمان وعلى ومعاوية واستعفى فى أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧هـ ومات بالكوفة ، وقيل سنة سبع وثمانين للهجرة وهو ابن مائة سنة وقيل سنة اثنتين وقيل سنة ثمانين ، وفيات الأعيان : (٢ / ٤٦٠ وما بعدها) ، انظر الأعلام : (٣ / ١٦١) .

(٦) انظر فتح البارى : (٥ / ٤٧٢) ، ونيل الأوطار : (٦ / ٢٢) .

وقال النووى عن حديث عمر السابق : وفى هذا الحديث دليل على صحة أصل الوقف ، وهذا مذهبنا ومذهب الجماهير ، ويدل عليه أيضاً إجماع المسلمين ، على صحة وقف المساجد والساقيات[١] .

والوقف من خصائص أهل الإسلام ، قال الشافعى : « لم يحبس أهل الجاهلية داراً ولا أرضاً وإنما حبس أهل الإسلام »[٢].

وقال ابن جزى : « الوقف جائز عند الإمامين (الشافعى ومالك) وغيرهما خلافاً لأبى حنيفة ، وقد رجع عن ذلك صاحبه أبو يوسف لما ناظره مالك ، واستدل بأحباس رسول الله ﷺ والصحابة ، والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين ، وصار المتأخرون من الحنفية ينكرون منع إمامهم ، ويقولون مذهبه إنه جائز ، ولكن لا يلزم »[٣] .

وقال ابن قدامة : « وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف ، وخالف أبا حنيفة صاحباه ، وقالا كقول سائر أهل العلم ، ثم قال ابن قدامة : قال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبى ﷺ ذو مقدرة إلا وقف » ، قال ابن قدامة : وهذا إجماع منهم ، فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً »[٤] .

وقال الشيخ عبد الجليل عشوب : « دلت على مشروعية الوقف الأحاديث الكثيرة ، والآثار المتضافرة ، واستمرار عمل الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووى : (١١ / ٩٥ - ٩٦) ، كتاب الوصية باب الوقف .

(٢) الأم : (٤ / ٥٢) .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣١٧ .

(٤) المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٨٥ - ١٨٧) .

يومنا هذا على الأخذ بالوقف من غير نكير ، وهذا إجماع عملى على مشروعيته وهو حجة ، ويدل على مشروعيته أيضاً أنه نظام صالح يسيغه العقل، وتبرره المصلحة ، بقطع النظر عن ورود الشرع به ، لما فيه من المنفعة للواقف باستمرار وصول الثواب إليه ، ومن المنفعة للموقوف عليه بانتفاعه بالموقوف مع حفظه وعدم تمكينه من استهلاكه ، ولما فيه أيضاً من مساعدة الفقراء وطلبة العلم وغيرهم من جهات البر والخير ، التى يجب أن ينتهى إليها كل وقف »[1] .

وبعد هذا العرض نجد أن أدلة الجمهور هى الأحرى بالقبول ؛ لقوة أدلتهم وصحتها فالدليل على الجواز والمشروعية ثابت لاشك فيه .

وقد نظم القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م الوقف فى المواد من (١ - ٤٦).

وقد صدر القانون رقم (١٨٠) لسنة ١٩٥٢ مقرراً فى مادته الأولى منع الوقف على غير الخيرات ، ومقرراً فى مادته الثانية إنهاء الأوقاف الأهلية التى أنشئت قبل صدوره ، وقد صدر هذا القانون حماية لقانون الإصلاح الزراعى ؛ لأن بقاء الأوقاف الأهلية قد يتعارض مع الرغبة فى الحد من الملكية الزراعية ، وذلك بالنسبة لحالة الكثيرين الذين كانوا يعدون فى الواقع من الإقطاعيين تحت ستار المستحقين للوقف[2] .

---

(١) كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب : ص ١٢ .

(٢) أحكام الوقف والوصية للدكتور محمد محمد فرحات : ص ٢٦٨ .

وقيل إن القانون استند فى إلغاء الوقف الأهلى إلى مذهب أبى حنيفة وشريح ، ولكن إلغاء القانون للأوقاف الأهلية لا يتعارض مع الأدلة المثبتة لمشروعية الوقف ولزومه ؛ لأن الوقف الملاحظ هو الوقف الخيرى ، ومال الوقف الأهلى دائماً إلى أن يكون وقفاً خيرياً ، المرجع السابق : ص ٢٧٠ .

أركان الوقف

الواقف ، والموقوف عليه ، والوقف ، والصيغة .

الواقف : هو المالك للذات أو المنفعة التى أوقفها ، ويشترط فى الواقف أهلية التبرع كباقى التبرعات من هبة وصدقة وغيرها ؛ لأن الوقف تبرع ويمكن تحليل هذا الشرط إلى ما يأتى :

١) أن يكون عاقلاً : فلا يصح وقف المجنون ؛ لأنه فاقد العقل ، ولا وقف المعتوه ؛ لأنه ناقص العقل ، ولا وقف مختل العقل بسبب مرض أو كبر ؛ لأنه غير سليم العقل ؛ لأن كل تصرف يتطلب توافر العقل والتمييز .

٢) أن يكون حراً فلا يملكه العبد ؛ لأنه إزالة الملك ، والعبد ليس من أهل الملك ، وسواء كان مأذوناً أم محجوراً ؛ لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق .

٣) أن يكون الواقف مالكه ملكاً باتاً وقت الوقف ، ولو بسبب فاسد ، وألا يكون محجوراً عن التصرف ، حتى لو وقف الغاصب المغصوب لم يصح وإن ملكه بعد بشراء أو صلح ، ولو أجاز المالك وقف الفضولى جاز ، وينقض وقف استحق بملك أو شفعة وإن جعله مسجداً ، ووقف مريض أحاط دينه بماله .

٤) أن يكون بالغاً فلا يصح الوقف من الصبى ؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة ؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض ، والصبى ليس من أهل التصرفات الضارة ، ولهذا لا تصح منه الهبة ، والصدقة والإعتاق ونحو ذلك .

٥) أن يكون مختاراً ؛ ليخرج بذلك المكره فإنه لا يصح وقفه .

٦) أن يكون الواقف رشيداً غير محجور عليه بسفه أو فلس ، أو غفلة ولو

بالولى كسائر التصرفات المالية ، فلا يصح الوقف من السفيه ، والمفلس ، أو المغفل عند الجمهور .

وقال الحنفية : لا ينفذ وقف المدين المفلس إلا بإجازة الدائنين ، ورأى الحنفية فى ذلك :

أنه إذا كان الدين غير مستغرق لماله ، فوقف ما زاد على ما يفى دينه فوقفه صحيح نافذ ؛ لعدم مصادمة حق الدائنين .

أما إذا كان الدين مستغرقاً لماله ، فيتوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين ، سواء حجر عليه ، أم لم يحجر عليه ، وسواء فى حال مرض الموت ، أم فى حال الصحة ، وهذا حماية لمصالح الدائنين ، فإن أجازوه نفذ الوقف ، وإن لم يجيزوه بطل ، وهذا أيضاً ما اشترطه المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

أما عن وقف المرتد : هناك حالتان عند الحنفية :

الأولى : إذا وقف المرتد فى حال ردته ، فوقفه موقوف عند الإمام أبى حنيفة ، فإن عاد إلى الإسلام صح ، وإلا بأن مات أو قتل على ردته ، أو حكم بلحاقه - بطل .

الثانية : إذا وقف ثم ارتد بطل وقفه ، ويصير ميراثاً ، سواء قتل على ردته، أو مات أو عاد إلى الإسلام ، فإن عاد إلى الإسلام احتاج لأن يجدد وقفه بعد عودته إلى الإسلام ، لحبوط عمله بالردة ، ويصح وقف المرتدة ؛ لأنها لا تقتل[1] .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٠ - ٣٧١) ، فتح القدير : (٦ / ٢٠٠ - ٢٠١) ، بدائع الصنائع : (٦ / ٢١٩ - ٢٢٠) ، الشرح الصغير : (٤ / ١٠١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى : (٤ / ٧٧) ، كفاية الطالب الربانى==

ولكن يمكـن أن نقول : إنه إذا وقف ثم ارتد فـإن وقفه صحيح بـعد قبض الوقف من الموقوف عليهم ، ولكن عمله قد حبط بردته .

أما فى القانـون فقد أشارت المادة (١١٣) من القانـون المدنى إلى أن[١] : «المجنون والمـعتوه وذو الغفلـة والسفيه تحـجر عليهـم المحكمة ، وترفع عـنهم الحجر وفقاً للقواعد ، وللإجراءات المقررة فى القانون » .

أى أن المحكمة التى تحكم بالحجر وبرفعة عنهم .

وقد نصت المادة (١١٤) عـلى إبطال تصرف المجنون والمعـتوه بعد صدور قرار الحجر فقالت :

١ - يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صـدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » .

٢ - « أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنـون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كـان الطرف الآخر على بينة منها »[٢] .

أما عن الحجر على السفيه وذى الغفلة ففى المادة (١١٦) من القانون المدنى نصت عـلى أنه : « يكـون تصرف المحجور عـليه لسفـه أو غفلة بـالوقف أو

== لأبى الحسـن على بن خلـف المصرى (٤ / ٩) ، مغنـى المحتاج : (٢ / ٣٧٦ - ٣٧٧) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣١٤) ، كشـاف القناع : (٤ / ٢٥١) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨) ، كتاب الوقف تأليف الشيخ عبد الجليل عبد الرحمن عشوب : ص ١٥ : ٢١ .

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ، ص ٢٤ .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ، ص ٢٤ .

بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

فبما أن الوقف من عقود التبرعات فلا يملكه السفيه إلا بإذن المحكمة ؛ لأنه فى عقود التبرعات كالصبى المميز فلم تصح منه ؛ لأنها ضارة له ضرراً محضاً.

أما عن البلوغ : فقد اشترط القانون لـصحة التبرع بلوغ سن الرشد : وهى أن يتم المتـبرع أو الواقف ٢١ سنة ، فلا يملـكه الصبى المميـز لأنه ضار ضرراً محضاً [١].

وعن الاختيـار : فإن القانون يجيز إبـطال العقد للإكراه إذا تعـاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقـد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس . انظر مادة (١٢٧ / ١ - ٢ - ٣ مدنى) .

أما عن وقف المدين فـقد نص القانون المدنى على أن تـصرف المدين إذا كان تبرعاً لا ينفذ فى حق الدائن وهذا فى المادة (٢٣٨ / ٢ مدنى) على الآتى :

« أما إذا كان الـتصرف تبرعـاً فإنه لا ينفـذ فى حق الدائن ، ولـو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً »[٢] .

وبما أن هذا تبرع فتبطل تبرعاته ؛ لأنـها تضر الغرماء ، فإن كان الدين غير مستغرق لمـاله جاز فيما زاد على الـدين ، وإن أحاط الدين بماله فيـوقف على إجازة الدائنين ، وهذا يوافق ما ذهب إليه الحنفية[٣] .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ١١٠) .

(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ، ص ٥٣ .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين والـدر المختار : (٣ / ٤٠٧) ، وانظر المذاهب الأخرى فى الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٢٦٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٤٨) ، كشاف القناع : (٣ / ٤٢٣) .

وقال المالكية : يمنع المدين من التبرعات بمجرد إحاطة الدين بماله ، فإن وقع التصرف المالى لم يبطل وإنما يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء . وقال الشافعية: إن زاد ذلك عن الدين نفذ وإلا ألغى ، والأظهر بطلانه .

وقد جاء فى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م فى المادة (٧) ما يلى : «وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية » .

وكان ينبغى أن يتعرض المشروع لسن الواقف كما فعل ذلك فى المادة (٥) من قانون الوصية ، فلم تأت شروط الواقف فى القانون ولا المشروع متكاملة ، وكان ينبغى أن تكون أكثر تحديداً ، وقد أشار إلى ذلك الأستاذ أحمد إبراهيم فى كتابه « كتاب الوقف »[١] . ولكن ربما اكتفى بما جاء فى القانون المدنى من نصوص فى نظرية العقد ، وبما أن الوقف من عقود التبرعات فينطبق عليه ما ينطبق على هذه العقود .

الموقوف عليه :

الموقوف عليه : إما معين أو غيره ، فالمعين : إما واحد أو اثنان أو جمع .

وغير المعين أو الجهة : مثل الفقراء والعلماء والقراء والمجاهدين ، والمساجد، والمدارس .

شروط الوقف على معين : يشترط فى الوقف على معين بالاتفاق كونه أهلاً للتملك ، فيكون ممن تصح الهبة والوصية له عند جمهور الفقهاء .

---

(١) انظر كتاب الوقف للأستاذ المرحوم أحمد إبراهيم : ص ٦٥ وقد ألحق بكتابه « مشروع قانون الوقف ومذكرته التفسيرية » .

فإذا كان الموقوف عليه صبياً غير مميز ، أو مجنوناً أو معتوهاً لم يكن أهلاً للقبول بنفسه ، ولكن يقبل عنه وليه أو القيم عليه ، ويقبض له ؛ لأن الوقف بالنسبة للموقوف عليه نافع له نفعاً محضاً ، وإذا كان الموقوف عليه صبياً مميزاً أو سفيهاً ، أو ذا غفلة فإنه يقبل ما وقف له ، وله أن يقبل ، ويقبض دون إذن الولى ؛ لأنه بالتمييز قد استوفى أهلية القبول .

وذهب الحنفية والمالكية إلى أنه يصح الوقوف على المعلوم ، أو المعدوم ، وعلى المعين والمجهول ، حتى ولو كانت الأهلية ستوجد ، فيصح الوقف وتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها ما لم يحصل مانع من الوجود : كموت أو يأس منه ، فترجع الغلة للمالك ، أو ورثته إذا مات .

ولكن عند الشافعية والحنابلة لا يصح الوقف على المعدوم والمجهول ؛ لأنهم يشترطون فى الوقف على معين إمكان تمليكه فى حال الوقف عليه بوجوده فى الخارج ، فلا يصح الوقف على جنين ؛ لعدم صحة تملكه فى الحال ، وسواء كان مقصود أم تابعاً ، ولا يصح الوقف على معدوم ، كقوله: وقفت هذا على من سيولد لى أو لفلان ، ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين ، أو على من يختاره فلان ؛ لأن الوقف تمليك منجز فلا يصح فى مجهول كالبيع والهبة ، والا يصح الوقف على ميت ؛ لأنه لا يملك ، ولا على أحد هذين الشخصين ؛ لعدم تعيين الموقوف عليه .

ويصح الوقف على الذمى المعين كصدقة التطوع وهى جائزة عليه فجاز الوقف عليه كالمسلم ،ولكن يشترط فى صحة الوقف ألا يظهر فى الوقف عليه قصد معصية ، فلو قال : وقفت على خادم الكنيسة لا يصح .

ولا يصح وقف مسلم على كنيسة أو حربى ، أما عدم صحة وقف المسلم

على الكنيسة ؛ فلعدم كون هذا الوقف قربة فى ذاته ، وأما الحربى ، فلأننا نهينا عن بر الحربيين[1] .

ولا يصح الوقف على معصية كجعل غلته فى ثمن خمر ، أو حشيشة أو سلاح لقتال غير جائز ، ولا يصح الوقف على الكنائس وكتب التوراة والإنجيل؛ لأن ذلك معصية ، وإذا جعل الواقف غلة الوقف أو بعضها لنفسه ، أو جعل الولاية على الوقف إليه أى على نفسه جاز ذلك عند أبى يوسف ، وهو المفتى به عند الحنفية .

ويبطل وقف الواقف على نفسه عند المالكية والشافعية والحنابلة ؛ لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه ؛ لأنه حاصل ، وتحصيل الحاصل محال ؛ ولأن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقف عليه ، وزال عن الواقف ملكه وملك منافعة ، فلم يجز أن ينتفع بشىء منها ؛ لأن الوقف تمليك إما للرقبة أو المنفعة ، وكلاهما لا يصح هنا ؛ إذ لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه كبيعه ماله من نفسه ، فإن فعل بأن وقف على نفسه ثم على ولده ، صرف الوقف فى الحال إلى من بعده .

لكن للواقف إن وقف على غيره : كإنسان أو مسجد ، فله الانتفاع بالموقوف فى حالات منها :

أن يوقف شيئاً للمسلمين فيدخل فى جملتهم ، مثل أن يوقف مسجداً فله

---

(١) انظر فتح القدير : (٦ / ٢٠٠ - ٢٠١)،حاشية ابن عابدين والدر المختار : (٣ / ٣٧٢) ، اللباب : (٢ / ١٣٥ - ١٣٦) ، القوانين الفقهية : ص ٣١٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى : (٤ / ٧٧ - ٨٠) ، الشرح الصغير : (٤ / ١٠١ - ١١٦) .

أن يصلى فيه ، أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقى منها.

أن يشترط الواقف فى الوقف أن ينفق منه على نفسه ، أو أن يشترط الواقف أن يأكل من الوقف أهله ، فيصح الوقف والشرط[1] .

والمعتمد عند المالكية : بطلان وقف الذمى على الكنيسة مطلقاً ، وبطلان وقف الكافر لنحو مسجد ورباط ومدرسة من القرب الإسلامية ، وقال الشافعية والحنابلة : العبرة بكون الوقف قربة فى نظر الإسلام ، سواء كان قربة فى اعتقاد الواقف أم لا ، فيصح وقف الكافر على المسجد ؛ لأنه قربه فى نظر الإسلام ، ولا يصح وقفه على كنيسة أو بيت نار ونحوهما ؛ لأنه ليس قربة فى نظر الإسلام .

وقال الحنفية : يشترط فى وقف الذمى أن يكون الموقوف عليه قربة عندنا وعندهم : كالوقف على الفقراء . وهذا ما أخذ به القانون فى المادة (٧) : «وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية[2] .

النوع الثانى من الموقوف عليهم وهو الوقف على الجهة :

---

(١) انظر مراجع الحنفية والمالكية السابقة ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٩ - ٣٨٠) ، وروضة الطالبين :(٥ / ٣١٧)، والمهذب : (١ / ٤٤١) ، وكشاف القناع:(٤ / ٢٤٥ - ٢٤٩) ، والمغنى لابن قدامة : (٦ / ١٩٣ - ١٩٧ ، ومن ٢٣٩ - ٢٤٢)، ومجموع فتاوى ابن تيمية : (٣١ / ٣٠ - ٣١) ، والفقه الإسلامى وأدلته: (٨ / ١٩٠ - ١٩٤) ، وكتاب الوقف للأستاذ أحمد إبراهيم : ص ٦٩ - ٧٠ .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٩٨) .

ويشترط فى الوقف على الجهة أن تكون معلومة ، وأن تكون قربة ، وجهة خير وبر ، فإذا لم يكن الوقف على بر ، أو معروف فهو باطل ، وجهات البر : كبناء المساجد والجسور والقناطر ، وكتب الفقه والعلم ، والقرآن ، والمقابر والسقايات، أما إن وقف على ما لا قربة فيه : كالبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين فلا يصح ؛ لأن القصد بالوقف القربة ، وما ذكر إعانة على المعصية[١] .

الشرط الثانى :

وهو عند أبى حنيفة ومحمد : أن يجعل آخر الوقف الأهلى[٢] بجهة لا تنقطع أبداً ، فإن لم يذكر آخره لم يصح عندهما ؛ لأن التأبيد شرط جواز الوقف ، وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز ؛ ولأنه يصبح حينئذ وقفاً على مجهول فلم يصح ، كما لو وقف على مجهول فى ابتداء الوقف .

جاء فى اللباب : « ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً ، بأن يجعل آخره للفقراء ؛ لأن شرط جوازه عندهما أن يكون مؤبداً ، فإذا عين جهة تنقطع صار مؤقتاً معنى فلا يجوز » .

وقال أبو يوسف : إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز ، وصار وقفاً مؤبداً ،وإن

---

(١) انظر الشرح الصغير : (٤ / ١٠٢) ، الشرح الكبير الدرديرى : (٤ / ٧٧) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، المهذب : (١ / ٤٠١) ، كشاف القناع : (٤ / ٤٤٥) ، المغنى : (٦ / ٢٣٩) .

(٢) ألغى الوقف الأهلى : فى القانون رقم (١٨٠) لسنة ١٩٥٢م فى المادة (١ ، ٢) لتصفية مشكلاته المعقدة ، انظر أحكام الوصيةوالوقف للدكتور محمد محمد فرحات: ص ٢٦٨ .

لم يذكر التأبيد ؛ لأن لفظ الوقف والصدقة منبىء عنه ، فيصرف إلى الجهة التى سماها مدة دوامها ، ويصرف بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، فأبو يوسف لم يشترط ذكر التأبيد ؛ لأن لفظة الصدقة والوقف منبئة عنه »(١) .

وقد قال الجمهور غير الحنفية بقول أبى يوسف .

قال الدرديرى : « وإن انقطع وقف مؤبد على جهة بانقطاع الجهة التى وقف عليها رجع حبساً لأقرب فقراء عصبة المحبس ، فيقدم الابن فابنه فالأب فالأخ فابنه فالجد فالعم فابنه ، فإن كان الأقرب غنياً فلمن يليه فى الرتبة ، ويستوى فى الرجوع الذكر والأنثى »(٢) .

وقال الشيرازى : « وإن وقف وقفاً مطلقاً ، ولم يذكر سبيله ففيه قولان :

أحدهما : أن الوقف باطل ؛ لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً كما لو قال : بعت دارى ووهبت مالى .

والثانى : يصح وهو الصحيح ؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح مطلقاً كالأضحية فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء »(٣) .

لكن إن عين سبيل الوقف ، فلابد من أن يكون على سبيل لا ينقطع ، أو لا ينقرض : كالفقراء والمجاهدين ، وطلبة العلم وما أشبهها .

وقال الحنابلة : « إن كان الوقف غير معلوم الانتهاء : مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ، ولم يجعل آخره للمساكين ، ولا لجهة غير

---

(١) اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٣٢) ، ولم أدر ما قاله أبو حنيفة هنا من ذكر التأبيد وهو يجيز الرجوع للواقف ويجعل الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف .
(٢) انظر الشرح الصغير : (٤ / ١٠٢ - ١٢١) ، والشرح الكبير : (٤ / ٥٨) .
(٣) انظر المهذب : (١ / ٤٤١) .

منقطعة فإن الوقف يصح ؛ لأنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ؛ ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد[١] البلد وعرف المصرف »[٢] .

واتفق الشافعية والحنابلة مع الرأى السابق للمالكية على أن الموقوف يصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقرب الناس إلى الواقف ؛ لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمل فيما سماه على شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد ، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ؛ لأنه من أعظم جهات الثواب . والأصح عند الشافعية أنه يختص المصرف وجوباً بفقراء قرابة الرحم لا الإرث ،فيقدم ابن بنت على ابن عم[٣] .

والراجح لدى الحنابلة والشافعية فى أحد القولين أنه لا يختص صرف الوقف حينئذ بالفقراء من أقارب الواقف بل يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؛ لأن الوقف لا يختص بالفقراء ، وإنما الغنى والفقير فى الوقف سواء ، فإن لم يكن للواقف أقارب ، أو كان له أقارب فانقرضوا ، صرف إلى الفقراء والمساكين وقفاً عليهم ؛ لأن القصد به الثواب الجارى على وجه الدوام[٤] .

وقد أخذ القانون فى المادة (١٩) بقول المالكية والشافعية والحنابلة ، فى تقديم قرابة الواقف المحتاجين عند انقطاع جهة الوقف فقالت : « إذا كان

---

(١) لعلها فقراء البلد .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة : (٦ / ٢١٤ - ٢١٥) .

(٣) انظر المغنى لابن قدامة : (٦ / ٢١٥- ٢١٦) ، والمهذب :(١ / ٤٤١ - ٤٤٢).

(٤) انظر المغنى : (٦ / ٢١٧) ، والمهذب (١ / ٤٤١ - ٤٤٢) ، والفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٩٩ - ٢٠٠) .

الوقف على القـربات ولم يعين الواقف جهـة من جهات البر ، أو عيـنها ولم تكن موجـودة ، أو لم تبق حاجة إليـها ، أو زاد ريع الوقف على حـاجتها ، صرف الريع أو فائضه بإذن المحكمة إلى من يكون محتاجاً من ذريته ، ووالديه بقدر كفـايته ، ثم إلى المحتاج مـن أقاربه ، كذلك ثم إلى الأولـى من جهات البر، وفى حالة ما إذا لم تكن جهة البر التى عينها الواقف موجودة ثم وجدت كان لها ما يحدث من الريع من وقت وجودها » .

وخصت المـادة السابقة الفـقراء المحتاجين ، ولـم تذكر الأغنياء ، كـما قال الشافعية والحنابلة .

صيغة الوقف

إن الحنفية يعتبرون الصيغة هى ركن الوقف .

فركن الوقف عندهم : هو الصيغة ، وهى : الألفاظ الدالة على معنى الوقف. وألفاظ الوقف الخاصة به عند الحنفية هى : « أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه من الألفاظ : كموقوفة لله تعالى ، أو على وجه الخير أو البر ، والمفتى به عملا بالعرف هو قول أبى يوسف من الاكتفاء بلفظ موقوفة بدون ذكر تأبيد أو ما يدل عليه : كلفظ صدقة ، أو لفظ المساكين ونحوه كالمسجد .

وهذا إذا لم يكن وقفاً على معين كزيد ، أو أولاد فلان ، فإنه لا يصح بلفظ موقوفة ؛ لمنافاة التعيين للتأبيد ؛ ولذا فرق بين موقوفة وبين موقوفة على زيد حيث أجاز الأول دون الثانى ؛ لأن الأول يصرف إلى الفقراء عرفاً ، فإذا ذكر الولد صار مقيداً فلا يبقى العرف ، إلا أن تعيين المسجد لا يضر ؛ لأنه مؤبد » والتأبيد من حيث المعنى شرط باتفاق الحنفية على الصحيح » .

« وقد يثبت الوقف بالضرورة ، وصورته : أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبداً أو لفلان ، وبعد للمساكين أبداً ، فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة، أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا »[1] .

فركن الوقف عندهم : هو الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف، وهذا على أن معنى الركن عندهم : هو جزء الشىء الذي لا يتحقق إلا به ، ويكون الوقف بناء عليه : كالوصية تصرفاً يتم بإرادة واحدة : هى إرادة الواقف نفسه وهى التى يعبر عنها بإيجاب الواقف[2] .

---

(١) انظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٠ - ٣٧١) ، فتح القدير :(٦ / ٢٠٢ - ٢٠٣) .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٥٩) .

ولا يشترط قبول الموقوف عليه لو لغير معين كالفقراء ، فلو لشخص بعينه وآخره للفقراء اشترط قبوله في حقه ، فإن قبله فالغلة له ، وإن رده فللفقراء، ومن قبل ليس له الرد بعده ، ومن رده أول الأمر ليس له القبول بعده، فليس القبول ركناً في الوقف عند الحنفية ، فلو سكت الموقوف عليه فإنه يستحق من الوقف ، فيصير الشيء وقفاً بمجرد القول ؛ لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يطلب منه القبول كالعتق .

لكن إذا كان الموقوف عليه معيناً : كالوقف على خالد أو محمد ، ورد الوقف، فلا يستحق شيئاً من ريع الوقف ، وإنما ينتقل إلى من يليه ممن عينه الواقف بعده متى وجد ، فإن لم يجد عاد الموقوف للواقف أو لورثته إن وجدوا وإلا فلخزانة الدولة ؛ لأن ركن الوقف وهو إيجاب الواقف قد تحقق[1] .

وقد أخذ قانون الوقف المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ في المادة التاسعة بهذا الرأي حيث لم يجعل القبول شرطاً للاستحقاق ، فقد نصت هذه المادة على الآتي : (لا يشترط القبول في صحة الوقف ، ولا يشترط كذلك في الاستحقاق ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً ، فإنه يشترط في استحقاقها القبول ، فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق إلى من يمثلها متى وجد ، وإن لم يوجد أصلاً أخذ الموقوف حكم الوقف المنتهي المبين في المادة (١٧) . لكن الحنفية كما سبق أن بينا قالوا : إن وقف لخص معين اشترط قبوله كما قالته بعض المذاهب الأخرى كما سنبين . وقد بينت المادة (١٧) من نفس القانون السابق حالة انتهاء الوقف حيث نصت على الآتي : « إذا انتهى الوقف في جميع ما هو موقوف على ذوي الحصص الواجبة طبقاً للمادة (٢٤)أو في

(١) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧١) ، الفقه الإسلامي وأدلته : (٨ / ١٦٠).

بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً ، فإن لم يكن صار ملكاً للمستحقين ، أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال ، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكاً لورثة الواقف يوم وفاته ،وإلا كان للخزانة العامة ».

وإن انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على برهم أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً أو لورثته يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ، ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة .

والركن عند الجمهور : هو مالا يتم الشيء إلا به سواء أكان جزءاً منه أم لا ، والصيغة أحد أركان الوقف عند الجمهور .

فينعقد الوقف عندهم باللفظ الصريح كوقفت ، أو حبست أو سبلت ، أو غير صريح نحو تصدقت إن اقترن بقيد يدل على المراد ، نحو لا يباع ، ولا يوهب ، وتصدقت به على بنى فلان طائفة بعد طائفة ، أو عقبهم ونسلهم .

ولكن عند الشافعية : إذا قال : تصدقت بكذا صدقة محرمة ، أو صدقة موقوفة ، أو صدقت لا تباع ولا توهب فصريح عندهم ؛ لأن لفظ التصديق مع هذا القرائن لا يحتمل غير الوقف ، وهذا صريح بغيره ، وما قبله صريح بنفسه .

ولو قال : تصدقت فقط فليس بصريح فى الوقف ، ولا يحصل به الوقف، وإن نوى الوقف عند الشافعية ؛ لتردد اللفظ بين صدقة الفرض ، والتطوع ، والصدقة الموقوفة ، إلا أن يضيف إلى جهة عامة كالفقراء وينوى الوقف فيحصل بذلك ويكون اللفظ صريحاً .

ولا يصح الوقف بالكناية عند الحنابلة إلا بشروط :

١ - أن ينوى المالك ، فمن أتى بإحدى الكنايات عندهم وهى (تصدقت ،

وحرمت وأبدت) واعترف أنه نوى بها الوقف لزمه فى الحكم ؛ لأنها نية صارت ظاهرة فيه .

٢ - أن يقرن بلفظ الكناية أحد الألفاظ الخمسة ، وهى الكنايات والصرائح الثلاث ، فيقول : تصدقت بكذا صدقة موقوفة ، أو صدقة محبسة ، أو صدقة مسبلة ، أو صدقة مؤبدة ، أو محرمة ، أو يقول : هذه العين محرمة موقوفة ، أو محرمة محبسة ، أو محرمة مسبلة ، أو محرمة مؤبدة .

٣ - أو يصف الكناية بصفات الوقف فيقول : تصدقت به صدقة لا تباع ، أو لا توهب ، أو لا تورث .

٤ - أو يقرن الكتابة بحكم الوقف ، كأن يقول : تصدقت بأرضى على فلان ، والنظر لى أيام حياتى ، أو النظر لفلان ، ثم من بعده لفلان .

وينوب عن الصيغة التخلية بين الموقوف ، والموقوف عليه كجعله مسجداً أو مدرسة أو بئراً ، أو مكتبة ، وإن لم يتلفظ بها ، وقد يكفى الفعل لانعقاد الوقف كالإذن للناس بالصلاة فى الموضع الذى بناه مسجداً ، وبالدفن فى الموضع الذى جعله مقبرة .

والوقف على معين كزيد يشترط فيه القبول إن كان من أهل القبول ، وإن لم يكن من أهل القبول قبل عنه وليه ، فإن رد المعين أو وليه فللفقراء ولا يرجع ملكاً لربه عند المالكية ، وقيل :يرجع ملكاً لربه أو لوارثه ، وقال الشافعية :يبطل حقه ، وقال الحنابلة : لا يشترط قبول المعين ؛ لأنه إزالة ملك يمنع البيع ؛ ولأنه لا يختص الوقف بالمعين بل يتعلق به حق يأتى من البطون فى المستقبل ، وما قاله الجمهور أولى من قول ؛ لأن المعين حدد له الوقف وهو معروف فلابد من قبوله ، وأما إذا كان الوقف على جهة عامة كالفقراء ،

أو على مسجد ونحـوه ، أو لغير محصور أو موجود ، فلا يشتـرط فيه القبول جزماً لتعذره[١] .

شروط صيغة الوقف

يشترط فى الوقف ذاته أو فى صيغة الوقف عند الفقهاء ما يأتى :

الشرط الأول : التأبيد فلا يـصح الوقف عند الجمهور غير المـالكية بما يدل على التوقيت بمدة ؛ لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يجز إلي مدة ، وإنما لابد من اشتماله على معنى التأبـيد ، ولا يشترط التلفظ به ، فإنه لا يجوز أن يقول : وقفت هذا علـى الفقراء أو على مسجد سنة مثـلا ، وبطلانه من فساد صيغـته ؛ إذ إن وضع الوقـف على التأبـيد ، فإذا جعـله إلى مدة كـان باطلاً كالعتق والصدقة وسواء فى ذلك طويل المدة وقصيرها[٢] .

أما المالكية فلا يشترط فيه التأبيد عندهم ، بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكاً لغيره[٣] .

---

(١) انظـر الشرح الصـغير : (٤ / ١٠٣ - ١٠٤ - ١٠٦ - ١٠٧) ، الـشرح الكبـير للدرديرى : (٤ / ٨٤) ، حاشية الدسوقى : (٤ / ٧٤) ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير : (٤ / ١٠٣ - ١٠٤) ، الفروق للقرافى : (٢ / ١١١) ، مغنى المحتـاج : (٢ / ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣) ، روضـة الطـالـبـين : (٥ / ٣٢٢ - ٣٢٣)، المهذب : (١ / ٤٤٢) ، كشاف القناع : (٤ / ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٥٢)، الشرح الكبير على متن المقنع : (٦ / ١٨٦ - ١٨٧) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩١ - ١٩٢) .

(٢) انظر الدر المختار وحاشية ابن عـابدين : (٣ / ٣٧١) ، تكملة المجموع : (١٦ / ٢٥٩) ، الروض المربع : ص ٣٣٧ .

(٣) انظر الشرح الصغير : (٤ / ١٠٥ - ١٠٦) .

أما قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى المادة (٥) فإنه جعل الوقف من حيث تأبيده وتوقيته ثلاثة أقسام :

١ - وقف لا يصح إلا مؤبداً وتوقيته باطل : وهو وقف المسجد والوقف على المسجد .

٢ - وقف يجوز كونه مؤقتاً ومؤبداً وهو الوقف على غير المسجد كالمشافى والملاجئ والمدارس والفقراء ونحو ذلك . وهذا مأخوذ من مذهب المالكية للتوسعة على الناس فى عمل الخير ، وهو ما أيدناه من قبل .

٣ - وقف لا يكون إلا مؤقتاً وتأبيده باطل : وهو الوقف الأهلى ، فإن وقته بسنتين وجب ألا تزيد على ستين عاماً من وفاة الواقف ، وإن وقته بطبقات وجب ألا تزيد على طبقتين من الموقوف عليهم بعد الواقف . ولا سند لذلك التأقيت إلا المصلحة [1].

ومذهب الإمام مالك هو الأيسر ؛ لأن الوقف صدقة ، فيجوز أن يوقت ؛ حتى لا يمنع البر بين الناس .

ولقد ألغى الوقف الأهلى فى مر سنة ١٩٥٢ بالقانون رقم ١٨٠ وذلك لكثرة مشكلاته .

الشرط الثانى : أن تكون صيغة الوقف منجزة فى الحال غير معلقة ، كأن يقول : إذا جاء غد ، أو إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا كلمت فلاناً فأرضى هذه صدقة موقوفة ، أو إن شئت ، أو كلمت فلاناً فأرضى هذه صدقة موقوفة ، أو إن شئت ، أو أحببت يكون الوقف باطلاً ؛ لأن الوقف لا يحتمل التعليق

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٢٠٥ - ٢٠٦) .

بالخطر ؛ لكونه مما لا يحلف به كما لا يصح تعليق الهبة بخلاف النذر ؛ لأنه يحتمله ويحلف به ، فلو قال : إن كلمت فلاناً إذا قدم ، أو إن برئت من مرضى هذا فأرضى صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط ؛ لأن هذا بمنزلة النذر واليمين .

وصيغ التعليق ثلاث :

١ - إن كان التعليق على أمر متردد بين الوجود وعدم الوجود ، فلا يصح الوقف بها ، مثل : إن قدم ابنى من السفر فقد وقفت دارى على كذا ؛ لأن الوقف يقتضى نقل الملك والتمليكات لا تقبل التعليق على أمر فى المستقبل .

٢ - إن كان التعليق على موت الواقف صح الوقف بالاتفاق ، مثل وقفت دارى بعد موتى على الفقراء ، لأنه تبرع مشروط بالموت ، فصح كما لو قال : قفوا دارى بعد موتى على كذا .

٣ - إن كان الوقف على أمر محقق عند صدوره صح الوقف أيضاً ، مثل: إن كانت أرضى هذه ملكى - وكانت ملكه وقت التكلم - فهى وقف على كذا؛ لأن التعليق صورى والصيغة فيه منجزة ، وكما قال ابن عابدين : فهذا تعليق بكائن أو موجود للحال فلا ينافى عدم صحته معلقاً بالموت ؛ لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز[٢] .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧١) ، المهذب : (١ / ٤٤١) ، تكملة المجموع : (١٦ / ٢٥٨) ، الروض المربع : ص ٣٣٧ ، كشاف القناع : (٤ / ٢٥٠ - ٢٥١) .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧١) ، تكملة المجموع : (١٦ ٢٥٨/ - ٢٥٩)، الروض المربع : (٣٣٧) ، الفقه الإسلامى وأدلته: (٨ / ٢٠٦ - ٢٠٧).

وقال المالكية : لا يشترط فى الوقف التنجيز ، فيجوز أن يقول : هو حبس على كذا بعد شهر أو سنة[١] .

ولا مانع على رأى مالك أن يقول إذا حصدت محصولى فأرضى بعده موقوفة .

الشرط الثالث : الإلزام لا يصح تعليق الوقف بشرط الخيار ، أو بخيار الشرط معلوماً كان أو مجهولاً ؛ بأن يقف شيئاً ويشترط لنفسه أو لغيره الرجوع فيه متى شاء يبطل الوقف . لكن استثنى الحنفية وقف المسجد ، فلو اتخذ مسجداً على أنه بالخيار جاز والشرط باطل[٢] .

وقد رأينا من قبل عند أبى حنفية وأيده القانون فى أنه يجوز للواقف الرجوع فيه .

الشرط الرابع : عدم الاقتران بشرط باطل :

والشروط عند الحنفية ثلاثة :

١ - شرط باطل : وهو ما ينافى مقتضى الوقف كأن يشترط إبقاء الموقوف على ملكه فالوقف باطل لمنافاته حقيقة الوقف ، وهذا عند الصاحبين .

٢ - شرط فاسد : وهو ما يخل بالانتفاع بالموقوف أو بمصلحة الموقوف عليه، أو يخالف الشرع وحكمه أنه لا يبطل الوقف ، بل يصح ويبطل الشرط.

٣ - شرط صحيح : وهو كل شرط لا ينافى مقتضى الوقف ، ولا يخل

---

(١) انظر الشرح الصغير : (٤ / ١٠٥ - ١٠٦) .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧١) ، وتكملة المجموع : (١٦ / ٢٥٨ - ٢٥٩) ، والمهذب : (١ / ٤٤١) ، والمغنى : (٦ / ١٩٥) ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٨٥) .

بالمنفعة ، ولا يصادم الشرع . وحكمه أنه يجب اتباعه وتنفيذه[١] .

وقال المالكية : إذا وقف أرضاً أو داراً عليها ضرائب ، واشترط الواقف أن الضرائب يدفعها الموقوف عليه من غير غلة الوقف ، فإن الشرط يكون باطلاً والوقف صحيح ويدفع الضرائب من غلة الوقف . فيلغى الشرط ويصح الوقف[٢].

وقال الشافعية : إن شرط الواقف أن يبيع الوقف أو يهبه أو يرجع يه لم يصح الشرط ولا الوقف[٣] .

وقال الحنابلة مثلما قال الشافعية : إن شرط أن يبيعه متى شاء ، أو يهبه أو يرجع فيه ، أو شرط أن يخرج من يشاء من أهل الوقف ، ويدخل من يشاء من غيره لم يصح الشرط ولا الوقف ؛ لأنه ينافى مقتضى الوقف[٤] .

أما قانون الوقف فقد نص فى المادة (٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أنه : « إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح ، صح وبطل الشرط » . والشرط غير الصحيح : يشمل الشرط الفاسد والباطل .

وأيضاً بالنظر لنص القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦م نجد أنه ينص فى المادة (٢٢) منه على أن الشروط المقترنة بالوقف تنقسم إلى نوعين :

أحدهما صحيح : وهو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ويترتب على عدم

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين والدر المختار : (٣ / ٣٧١) ، والفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٢٠٨) .

(٢) انظر حاشية الدسوقى والشرح الكبير : (٤ / ٨٩) .

(٣) انظر تكملة المجموع : (١٦ / ٢٥٩) .

(٤) انظر الروض المربع : (٣٣٧) ، والمغنى : (٦ / ١٩٥) .

مراعاته تفويت مصلحة الواقف أو الوقف أو المستحقين ، ولم يكن مقيداً لحرية المستحق فى الزواج ، أو الإقامة ، أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة ، ولم يكن مخالفاً للشرع . ولم ينص القانون على حكم هذا الشرط ، ولذلك فتجب مراعاته والعمل به ، وتنفيذه وفقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة[1] .

ومع ذلك فقد نص القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية ، وتعديل مصارفها على جهات البر أنه إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله ، أو بعضه على الجهة التى يعينها دون تقيد بشرط الواقف (مادة ٣) .

فهذا النص يجيز عدم الأخذ بشرط الواقف ولو كان صحيحاً فى الحالة المنصوص عليها إذا دعت المصلحة إلى ذلك ، والذى يقدر المصلحة طبقاً حكم هذا النص هو مجلس الأوقاف الأعلى والمحكمة الشرعية فهم قد يوافقون على ما يقترحه الوزير ، أو لا يقرونه عليه[2] .

وأما الشرط غير الصحيح فهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو لا يخل ، ولكن كان لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف ، أو للوقف ، أو للمستحقين أو كان مقيداً لحرية المستحق فى الزواج أو الإقامة ، أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة أو كان مخالفاً للشرع (مادة ٢٢ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م) .

---

(١) انظر أحكام الوقف والوصية للدكتور محمد فرحات : ص ٢٨٨ .

(٢) انظر السابق : ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

وحكم الشرط غير الصحيح أنه يلغى وحده ، ويصح الوقف بدونه على ما جاء فى المادة السادسة التى سبق أن أشرنا إليها .

وأيضاً طبقاً للقانون السابق يكون للواقف حق الرجوع فى وقفه فى غير وقف المسجد ، فله أن يرجع فى وقفه كله ، أو بعضه ، فهو حق مقرر له سواء اشترطه أم لم يشترطه فلم يضر اشتراطه .

وأيضاً يجيز القانون للواقف أن يشترط الشروط العشرة[1] وهى : (الزيادة والنقصان والإدخال والإخراج ، والإعطاء والحرمان والإبدال والاستبدال ، والتغيير والتبديل) لنفسه لا لغيره ، فإذا اشترطها لنفسه كان شرطاً صحيحاً ، وإن شرطها لغيره كان شرطاً غير صحيح . (مادة ١٢ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م) .

وهذه الشروط وإن كانت عشرة فى العدد إلا أنها فى المعنى دون ذلك لدخول بعضها فى بعض كما فى الإدخال ، والإخراج مع الإعطاء ، والحرمان والتغيير مع التبديل ، والإبدال مع الاستبدال[2] .

وقد وضع القانون شروطاً للاعتداد بصيغة الوقف فى المواد (١ ، ٢ ، ٣ ، من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م) وهى شروط تنظيمية لإثبات الوقف وتوثيقه ، وللإشهاد عليه وللتأكد من صدق عزيمة الواقف .

الشرط الخامس عند الشافعية : بيان المصرف ، فإن وقف وقفاً مطلقاً ولم

(١) يذهب الحنفية إلى أن شروط الواقفين فى أوقافهم يجب اتباعها والعمل بها كما يريد الواقفون إعمالاً لكامل إرادتهم فى اشتراطها . وقد أخذ القانون بذلك ، انظر المرجع السابق ص ٢٨٤ ، وكتاب الوقف للشيخ أحمد إبراهيم : ص ١٠٢ .

(٢) انظر كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عبد الرحمن عشوب : ص ٧٩ .

يذكر سبيله ومصرفه ، قال الشيرازى : فيه قولان :

أحدهما : الوقف باطل ؛ لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً لعدم ذكر مصرفه ، كما لو قال : بعت دارى ووهبت مالى .

والثانى : يصح وهو الصحيح ؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة ، فصح مطلقاً كالأضحية[١] .

وقال المالكية : ولا يشترط تعيين المصرف فى محل صرفه ، فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى من غير تعيين من يصرف له ، ويصرف فى الغالب فيما يصرف له فى غالب عرفهم ، وإلا فيصرف على الفقراء ، وهذا إذا لم يختص الموقوف بجماعة معينة »[٢] .

هذه هى الشروط المتعلقة بصيغة الوقف ، وكلها تدور حول التأبيد ، والتنجيز ، والإلزام ، وعدم الاقتران بشرط باطل ، وبيان المصرف ، على الخلاف الذى ذكر فى ذلك بين الفقهاء .

شروط الموقوف:

اتفق الفقهاء على اشتراط كون الموقوف مالاً متقوماً معلوماً مملوكاً للواقف ملكاً تاماً أى لا خيار فيه ، وتفصيل ذلك على النحو التالى :

الشرط الأول : أن يكون مالا متقوماً عقاراً ، فلا يصح وقف ما ليس بمال: كالمنافع وحدها دون الأعيان ، وكالحقوق المالية مثل حقوق الارتفاق ؛ لأن الحق ليس بمال وهذا عند الحنفية ، ولا يصح وقف المنفعة وحدها دون الرقبة ،

---

(١) انظر المهذب : (١ / ٤٤٢) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥) .
(٢) انظر الشرح الصغير : (٤ - ١٠٥ - ١٠٦) .

كمنفعة العين المستأجرة ، أو المنفعة الموصى له بها عند الشافعية والحنابلة ، ويجوز وقف المنافع عند المالكية .

ولا يصح وقف ما ليس بمال متقوم شرعاً كالمسكرات ، وكتب الضلال والإلحاد ؛ إذ لا يباح الانتفاع بها ، فلا يتحقق المقصود من الوقف ، وهو نفع الموقوف عليه ومثوبة الواقف ، وأن يكون مباحاً فلا يصح وقف آلات الملاهى وإن كان فيها منفعة قائمة ؛ لأنها غير مباحة .

ولا يجوز وقف المنقول مقصوداً عند الحنفية ؛ لأن التأبيد شرط جواز الوقف، ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك ، فلا يجوز وقفه مقصوداً ، إلا إذا كان تابعاً للعقار ، بأن يقف ضيعة ببقرها وأكرتها[1] وهم عبيده ، فيجوز وقف هذه الأشياء تبعاً للأرض .

ويجوز استحساناً عندهم وقف ما جرت العادة بوقفه كوقف الكتب ، وأدوات الجنازة ، ووقف المرجل لتسخين الماء ، ووقف المر[2] ، والقدوم فى الماضى لحفر القبور ؛ لتعامل الناس به ، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

ولا يجوز وقف الخيل والسلاح فى سبيل الله عند أبى حنيفة ؛ لأنه منقول، ولم تجر به العادة ، ويجوز عند محمد وأبى يوسف[3] .

---

(١) الأكَرَة : جمع أكار الفلاح : أى عمالها اللباب : (٢ / ١٣٢) .

(٢) الحبل والمسحاة .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٢٠) ، اللباب : (٢ / ١٣٢) ، حاشية ابن عابدين: (٣/ ٢٧٠) ، حاشية أبى السعود : (٢ / ٥٠٠) ، تحفة الفقهاء:(٣ / ٣٧٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٤) ، كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب : ص ٢٢ .

ولكن عند المالكية فى المعتمد ، عندهم يجوز وقف العقار والمنقول ، فيصح عندهم وقف الحيوان ليوضع بعينه فى سبيل الله ، أو لتصرف غلته فى إصلاح الطرق ، أو فى منافع المساجد ، أو لتفرق غلته على المساكين ، وكذا يصح وقف الكتب والثياب عندهم .

وكذلك عند الشافعية والحنابلة يجوز وقف العقار والمنقول كالحيوان ، مثل وقف فرس على المجاهدين ، وكالأثاث مثل بساط يفرش فى مسجد ونحوه ، وكالسلاح مثل سيف ورمح على المجاهدين ، وكالمصحف وكتب العلم[1] .

وقد أخذ قانون الوقف المصرى بجواز وقف العقار والمنقول فى المادة (٨) فقال : « يجوز وقف العقار والمنقول » وهذا هو الصواب فى نظرى ؛ لأن للإنسان أن يتبرع بما يملك .

الشرط الثانى : أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف ملكاً تاماً أى لا خيار فيه؛ لأن الوقف إسقاط ملك ، فيجب كون الموقوف مملوكاً ، فمن اشترى شيئاً بعقد بيع فيه خيار للبائع ثلاثة أيام ، ثم وقفه فى مدة الخيار لم يصح الوقف ؛ لأنه وقف مالا يملك ملكاً تاماً ؛ لأن هذا البيع غير لازم . وهذا محل اتفاق ، ولكن يصح عند المالكية وقف ما سيملك ، ولكن غيرهم يتطلبون ملكية الواقف للموقوف وقت الوقف[2] .

---

(١) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقى : (٤ / ٧٧) ، والقوانين الفقهية : ص ٣١٧، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٧) ، المهذب : (١ / ٤٤٠) ، وروضة الطالبين : (٥ / ٣١٤)،وكشاف القناع : (٤ / ٢٤٣ - ٢٤٥) ، المغنى : (٦ / ٢٣٥ - ٢٣٦) .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٠) ، والفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٥)، وكتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب : ص ٢٢ ، وأحكام الوصية والوقف للدكتور محمد محمد فرحات : ص ٢٩٥ - ٢٩٨ ، والمراجع السابقة للمذاهب .

الشرط الثالث : أن يكون الموقوف معلوماً للواقف وقت الوقف ، فلو وقف شيئاً من أرضه ولم يبينه وقت الوقف ، أو قال : وقفت هذه الأرض ، أو هذه الأرض على المساكين ، لا يصح الوقف لجهالة الموقوف ، والمعلومية إما أن تكون بتعيين قدره كمائة متر ، أو بتعيين نسبته إلى معين كنصف أرضه التى فى الجهة الفلانية ؛ لأن الجهالة تفضى إلى النزاع ، ولا يشترط فى وقف العقار ذكر حدوده إذا كان العقار مشهوراً حتى لو قال : وقفت أرضى التى بجهة كذا ولم يحددها صح وقفه[1] .

الشرط الرابع : أن تحصل منفعة من الوقف ، وأن يكون مما يكون الانتفاع به على الدوام مع بقاء عينه مثل الأرض والبستان ؛ لأن الوقف يراد للدوام ، ليكون صدقة جارية ، ولا يوجد ذلك فيما لا تبقى عينه .

ويجوز عند المالكية وقف الطعام والنقد ، وينزل رد بدله منزلة بقاء عينه ، وأما إن وقف مع بقاء عينه فلا يجوز عندهم ؛ إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك .

وقال الشافعية : « لا يصح وقف الدراهم والدنانير للتزين ، ولا يصح أيضاً أن يكون الموقوف مطموعاً ؛ لأن منفعة المطعوم فى استهلاكه .

وقال الحنابلة : لا يصح وقف مطعوم ومشروب غير ماء ، ولا وقف شمع ورياحين ، وأما الماء فيصح وقفه ، ولا يصح وقف كلب وحمل منفرد ، وخنزير وسباع البهائم التى لا تصلح للصيد ، وكذا جوارح الطير التى لا تصلح للصيد ؛ لأنه لا يصح بيعها » .

---

(١) انظر فتح القدير : (٦ / ٢١٥) ، وكتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب : ص٢٢ - ٢٣ .

« ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان : كحلقة فضة تجعل فى باب مسجد وكوقف الدراهم والدنانير لينتفع باقتراضها ؛ لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، ومالا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك».

« ويصح عندهم وقف الحلى للبس والعارية ، ولو أطلق واقف الحلى وقفه فلم يعينه للبس أو عارية لم يصح وقفه ؛ لأنه لا ينتفع به فى غير ذلك إلا باستهلاكه »[1] .

ولا مانع من وقف الحلى للبس والعارية ؛ لأنه من المقاصد المهمة والعادة جارية به .

وجملة ما تقدم أن مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب لا يصح وقفه فى قول جمهور الفقهاء وأهل العلم إلا ما حكى عن مالك فى وقف الطعام ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، وكذلك الدراهم والدنانير ؛ لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان[2] .

ويرى ابن تيمية : جواز وقف الدراهم والدنانير للقرض والتنمية ، ويرى أن جواز وقفها أصح ؛ لأنه فى حالة قرضها أو إقراضها تذهب عينها ، ويقوم بدلها مقامها ، سواء كان ذلك من المال المساوى لها فى القرض ، أو المال وربحه فى القراض ، فيبقى الأصل ويعاد بالربح على الموقوف عليه[3] .

---

(١) انظر المراجع السابقة للمذاهب .

(٢) انظر أحكام الوصية والوقف للدكتور محمد محمد فرحات : ص ٢٩٥ .

(٣) انظر تيسير الفقه : (٢ / ٩٠٥ - ٩٠٦) .

وما قاله ابـن تيمية قريـب مما قال به المالكـية وقد يكون ذلك أنـفع وأصلح للمسلمين .

الشرط الخامس : فلا يشتـرط فى الموقوف عدم تعـلق حق الغير بـه فيصح وقف المؤجر والمرهون . وعلى ذلك لو أجر أرضاً عامين ثم وقفها قبل مضيهما لزم الوقـف ولا يبطل عـقد الإجارة ، فإذا انقـضت المدة أو فسـخت الإجارة بسبب من الأسباب صرفت إلى جهات الوقف[1] .

وكذا لو رهن أرضاً ثم وقفها قبل أن يـفتكها صح الوقف ، ولا تخرج عن الرهن بذلك ، ولـو مكثت سنين فى يد المـرتهن ، ثم أفتكها تـعود إلى الجهة الموقوف عليها ، وإذا طلب المرتهن دينـه ولم يوجد عند الواقف غير الرهن أو مات الواقف قبل أن يفـتك الرهن ولم يترك مالا يفى بالديـن ، كان للمرتهن حق طلب إبطال الـوقف وبيع الموقوف لسداد دينه . وإن كـان عند الواقف مال غير الموقوف المرهون ، أو تـرك بعد وفاته مالاً آخر يفى بالدين لـيس للمرتهن حق إبطال الوقف ويوفى دينه من غير الموقوف »[2] .

ومن المعلوم وفقاً للقواعد العامة فـى القانون المدنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديـونه ، وهو ما يعبر عنه بالضمان العام لـلدائنين ، فقد نصت على ذلك المادة ٢٣٤ من القانون المدنى :

« ١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » .

«٢ - وجميع الدائنـين متساوون فى هذا الضمان إلا من كـان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » .

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٦) .

(٢) انظر كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب : ص ٢٦ ، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير : (٤ / ٧٧) .

ويكون من حق الدائنين على ذلك أن يعترضوا على تصرفات المدين التى تنقص من حقوقه وتزيد من التزاماته ، ويترتب عليها إعساره ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٣٧ مدنى) .

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره.... » .

وانطلاقاً من هذا المبدأ فلا تنفذ تبرعات المدين ومن بينها الوقف فى حق الدائنين ولو كان من صدر له التبرع حسن النية بل ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (ماده ٢٣٨ / ٢) وذلك لأنه ليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين فى حق دائنيه إذا لم يكن لديه ما يكفى لسداد ديونه ؛ ولأن الدائن أولى بالرعاية ممن صدر له التبرع ولو كان هذا الأخير حسن النية ، ولاشك أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح ؛ إذ يترتب على وقف المرهون مفسدة وهى احتمال ضياع حقوق الدائنين ، أو إنقاص ضمانهم العام ، ولذلك يجب أن يتقدم دفع هذه المفسدة على المصلحة المرجوة للموقوف عليهم من وراء وقف الأعيان المرهونة[1] .

الشرط السادس : أن يكون الموقوف مفرزاً إذا كان مسجداً أو مقبرة ؛ لأن الشيوع فيهما مبطل لوقفهما ، إذا يمنع الخلوص لوجه الله تعالى ؛ ولأن المهايأة

---

(١) انظر أحكام الوصية والوقف للدكتور محمد محمد فرحات : ص ٣٠٨-٣٠٩ ، ومراجعه .

فيهما فى غاية القبح إذ يستلزم أن يقبر الموتى فى المقبرة سنة وتزرع سنة ، ويصلى فى المسجد طوراً ، ويستخدم فى شىء آخر مثلا طوراً آخر ، وهذا عند أبى حنيفة[1] .

أما فى غير المسجد والمقبرة فليس الإفراز شرطاً فيه على الصحيح على النحو التالى[2] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٦ / ٢٠٠)،كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب: ص٢٦ .
(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٦) .

وقف المشاع

إن من شروط الوقف عند محمد : أن يكـون الموقوف مقسوماً ، فلا يجوز وقف المشاع إذا كـان قابلاً للقسمة ؛ لأن الـتسليم شرط الجواز عنـد محمد ، والشيوع يخل بالقبض والتسليم .

وعند أبي يوسف : لا يشترط أن يكون الموقوف مقسوماً ، فيجوز أن يكون الموقوف مقسوماً أو مـشاعاً فعنده التسليم ليس بـشرط في جواز وقف المشاع ، فلا يكون الخلل فيه مانعاً ولأن القسمة عنده من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط .

وقد روى عن عمر – رضى الله عنه – أنه ملك مـائة سهم بخيبر ، فقال له رسول الله ﷺ : « احبس أصـلها »[1] . فدل علـى أن الشيوع لا يمنـع صحة الوقف[2].

وجواب محمـد – رحمه الله – على ما روى عن عمـر – رضى الله عنه – ويحتمـل أنه وقف مائة سهم قـبل القسمة ، ويـحتمل أنه بعدهـا ، فلا يكون حجة مع الشك والاحـتمال ، على أنه إن ثبت أن الوقف كان قـبل القسمة ، فيحمـل أنه وقفها شائعاً ثـم قسم وسلم ، وقد روى أنه فعـل كذلك ، وذلك جائز كما ولو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم »[3] .

---

(١) قد سبق تخريج هذا الحديث في مشـروعية الوقف وأخرجه النسائي : (٦ / ٢٣٠ - ٢٣١) ، كتاب الأحباس باب حبس المشاع .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٢٠) ، الهدايـة للمرغيناني : (٦ / ٢١٠) ، فتح القدير لابن الـهمام : (٦ / ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣) ، شرح العناية عـلى الهداية : (٦ / ٢١١ - ٢١٢) ، جامع الفصولين لابـن قاضي سماوة : (٢ / ٨٨) ، لسان الحكام : (٢٩٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : (٧ / ٢٨٦) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٢٠) .

قال المرغيناني :

« ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف ؛ لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته . وعند محمد لا يجوز ؛ لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به ، وهذا فيما يحتمل القسمة »[١] .

« وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد - رحمه الله - لأنه يعتبره كالهبة والصدقة المنفذة ، أي الصدقة الخاصة المسلمة إلى الفقير ، إلا أن يكون الموقوف مسجداً أو مقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ، وهذا أيضاً عند أبي يوسف ؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى »[٢] .

والحاصل أن جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلاً لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعاً ، ولا بعدها ، أما قبلها فيمنع الخلوص لله ، وأما بعدها ، فلأن فرض المسألة فيما إذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره ، فبقي أن يكون بطريق المهايأة ، والمهايأة فيهما في غاية القبح ، وهو أن يكون المكان مسجداً سنة ، واصطبلاً للدواب سنة ، وأن يكون المكان مقبرة عاماً ، ويزرع فيه الزرع سنة »[٣] .

والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه ، فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ، ولما اشترطه محمد منعه ؛ لأن الشيوع وإن لم يمنع من

---

(١) انظر الهداية : (٦ / ٢١٠ - ٢١١) ، حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٦) ، حاشية أبي السعود : (٢ / ٥٠٧) .

(٢) انظر الهداية : (٦ / ٢١١) .

(٣) انظر شرح العناية على الهداية للبابرتي : (٦ / ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣) .

التسليم والقبض - ألا ترى أن الشائع كان مقبوضاً لمالكه قبل أن يقفه . لكن يمنع من تمام القبض ، فلذا منعه محمد - رحمه الله تعالى - عند إمكان تمام القبض ، وذلك فيما يحتمل القسمة ، فإنه يمكن أن يقسم أولاً ، ثم يقفه .

وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها ؛ لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم فى الجملة .

وصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجداً أو مقبرة مطلقاً ، سواء كان مما يحتمل القسمة أم لا يحتملها ؛ لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله[1] .

وقال صاحب اللباب :

« ولما كثر المصحح من الطرفين ، وكان قول أبى يوسف فيه ترغيب للناس فى الوقف وهو جهة بر ، أطبق المتأخرون من أهل المذهب على، أن القاضى الحنفى المقلد يخير بين أن يحكم بصحته وبطلانه - لاختلاف الترجيح - وإن كان الأكثر على ترجيح قول محمد ، وبأيهما حكم صح حكمه ونفذ ، فلا يسوغ له ، ولا لقاض غيره أن يحكم بخلافه كما صرح به غير واحد »[2] .

« وفيها يحتمل القسمة إذا قضى القاضى بصحته وطلب بعضهم القسمة ، لا يقسم عند أبى حنيفة ويتهايؤون ، وعندهما يقسم ، وأجمعوا أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب وأرادوا القسمة لا تجوز ، وكذا التهايؤ »[3] .

والصواب فى نظرى أنهم يتهايؤون حتى يتمكنوا من الانتفاع بالموقوف .

---

(١) انظر فتح القدير : (٦ / ٢١١ - ٢١٢) .
(٢) اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٣١) .
(٣) انظر فتح القدير : (٦ / ٢١٢) .

ولو اقتسما : أى الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبى يوسف ، فوقع نصيب الواقف فى محل مخصوص ، كان هو الوقف ، ولا يجب عليه أن يقفه ثانياً [١].

الاستحقاق فى وقف المشاع:

« ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعنى شائعاً بطل الوقف عند محمد - رحمه الله - ؛ لأن بالاستحقاق أظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف كما فى الهبة ، إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا ، بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب فى البعض ، أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض الذى وقفه فى مرضه وفى المال ضيق ، فإنه لا يبطل الباقى ؛ لأن الشيوع طارئ ، وإذا بطل الوقف فى الباقى رجع إلى الواقف لو كان حياً ، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته »[٢] .

« ولو كان المستحق جزءاً مميزاً بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع »[٣] .

« ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معاً إلى قيم واحد جاز اتفاقاً ؛ لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ولم يوجد ها هنا لوجودهما معاً منهما . وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معاً لقيم واحد لعدم الشيوع وقت القبض »[٤] .

---

(١) انظر فتح القدير : (٣ / ٢١٢) .

(٢) انظر فتح القدير : (٦ / ٢١٢ - ٢١٣) ، حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٦) .

(٣) انظر المرجعين السابقين .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٧٦) ، وانظر محاضرات فى الوقف للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١١٤ .

« وتجوز قسمة الوقف عند أبى يوسف بناء على أن الشيوع فى الوقف غير مانع من صحة الوقف عنده ، فتجوز القسمة ؛ لأنها تمييز وإفراز .

ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك بينه وبين غيره ، فالواقف هو الذى يقاسم شريكه لا القاضى عند من يقول بجواز القسمة ؛ لأن الولاية فى الوقف إلى الواقف ، فإن مات الواقف فلوصيه أن يقاسم شريكه ، ويفرز حصة الوقف ؛ لأنه قائم مقامه »[١] .

« وإذا قضى القاضى بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه متفقاً عليه كسائر المختلفات إذا اتصل به قضاء القاضى ، ولا تجوز قسمته ، فلو طلب أحدهم قال أبو حنيفة : لا يقسم ويتهايؤون . وقال أبو يوسف ومحمد : يفرز »[٢] .

أما عند المالكية :

فعندهم يجوز وقف المشاع قال الكشناوى : « يصح وقف المشاع والمقسوم من العقار كالرباع وغيرهم كما هو معلوم ، وأنه لا يتوقف صحته على حكم حاكم ، بل يصح ولو بغير علم الحاكم إذا توافرت شروطه »[٣] .

ولكنهم لم يجيزوا وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ؛ لأن شيوع الموقوف فى غيره قد يحول دون استغلاله ، وقد يكون مثاراً للمنازعات[٤] .

وهم فى ذلك يخالفون الحنفية فى اتفاقهم فى وقف ما لا يقبل القسمة .

---

(١) انظر لسان الحكام : ص ٢٩٤ .

(٢) انظر لسان الحكام : ص ٢٩٥ .

(٣) انظر أسهل المدارك : (٣ / ١٠١) .

(٤) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ٧٧) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٦) .

وحكى عن مالك أنه لا يجيز وقف المشاع إذا كان الواقف واحداً ؛ لأنه يدخل الضرر على شريكه .

وعندما ترجم البخارى بعض أبوابه بقوله : « باب إذا وقف جماعة أرضاً مشاعاً فهو جائز » . قال ابن المنير : احترز عما إذا وقف الواحد المشاع فإن مالكاً لا يجيزه ؛ لأنه يدخل الضرر على شريكه ، قال ابن حجر : وفى هذا نظر ؛ لأن الذى يظهر أن البخارى أراد الرد على من ينكر وقف المشاع مطلقاً وقد ترجم بعض أبوابه بقوله : « إذا تصدق أو وقف بعض ماله فهو جائز وهو وقف الواحد المشاع »(١) .

وقد استدل البخارى على صحة وقف المشاع بحديث أنس فى قصة بناء المسجد ، وأن النبى ﷺ قال : « ثامنونى حائطكم » فقالوا : لا نطلب ثمنه إلا إلى الله - عز وجل - وهذا ظاهر فى جواز وقف المشاع ، ولو كان غير جائز ؛ لأنكر عليهم النبى ﷺ قولهم ، وبين لهم الحكم(٢) .

وعند الشافعية : فإنه يصح عندهم وقف المشاع مطلقاً . قال الشيرازى : «وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع ؛ لأن عمر - رضى الله عنه - وقف مائة سهم من خيبر بإذن رسول الله ﷺ ؛ لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة ، والمشاع كالمقسوم فى ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها ، وسفلها دون علوها ؛ لأنهما عينان يجوز وقفهما فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدين »(٣) .

---

(١) انظر فتح البارى : (٥ / ٤٦٨) نيل الأوطار : (٦ / ٢٥) .
(٢) انظر صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥ / ٤٦٨) ، كتاب الوصايا باب إذا وقف جماعة أرضاً مشاعاً فهو جائز ، ونيل الأوطار : (٦ / ٥) .
(٣) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٤٤١) .

وجاء فى المجموع : « وصحح أصحابنا وقف المشاع ، وإن جهل قدر حصته أو صفتها ؛ لأن وقف عمر كان مشاعاً ؛ ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً عليه مشاعاً كالبيع ، أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ؛ ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى« المشاع كحصوله فى المفرز ، ولا نسلم اعتبار القبض » .

« وإذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يقف جزءاً من داره ، أو علويها أو سفليها ، وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين ، أو على جهة أخرى سواهم ؛ لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزأين »[1] .

وعند الحنابلة : يجوز وقف المشاع أيضاً ، ويستدلون بحديث عمر الذى سبق الإشارة إليه وفيه قال عمر : « إن المائة سهم التى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلى منها فأردت أن أتصدق بها فقال النبى ﷺ احبس أصلها وسبل ثمرتها»[2] ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعاً كالبيع.

« فلو وقف مسجداً ثبت فيه حكم المسجد فى الحال عند التلفظ بالوقف ، فيمنع منه الجنب والسكران ، ومن عليه نجاسة تتعدى . وتتعين القسمة فى وقف المشاع مسجداً ؛ لتعينها طريقاً للانتفاع بالموقوف »[3] .

---

(١) انظر تكملة المجموع : (١٦ / ٢٤٩) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣١٤) ، حلية العلماء : (٦ / ١٢) .

(٢) سنن النسائى : (٦ / ٢٣٠ - ٢٣١) ، كتاب الأحباس باب حبس المشاع .

(٣) انظر منار السبيل : (٢ / ٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٢٤٣) ، منهى الإرادات : (٢ / ٤) ،شرح منتهى الإرادات للبهوتى : (٢ / ٤٩١) ، الإنصاف للمرداوى : (٧ / ٨) ، كتاب الفروع لابن مفلح : (٤ / ٥٨٢) ، المبدع فى شرع المقنع ==

وكذلك يصح وقف المشاع عند الشيعة وقبضه كقبضه فى البيع[(١)] .

« وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء ، وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين ، فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكاً ، وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفاً ، فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا وإذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال »[(٢)] .

والراجح هو صحة وقف الحصة الشائعة ؛ لأن الوقف هو تحبيس العين وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع كما يحصل فى المفرز ؛ ولأننا لو منعنا وقف الحصة الشائعة ضيقنا على الناس الذين يريدون أن يتقربوا إلى ربهم، فإذا كانت العين تقبل القسمة قسمت ، وإن كانت لا تقبل تباع ، ويستبدل بها غيرها ، أو يتهايآن فى الانتفاع بها .

أما قانون الوقف المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فقد أخذ برأى أبى يوسف فى جواز وقف المشاع القابل للقسمة على جهة خيرية ؛ كمستشفى أو مدرسة: إذ لو حصل نزاع أمكن القضاء عليه بالقسمة والإفراز .

وأخذ برأى الإمام أبى حنيفة وصاحبيه فى عدم صحة وقف الحصة الشائعة لتكون مسجداً ، أو مقبرة ، إلا بعد إفرازها ؛ لأن شيوعها يمنع خلوصها لله تعالى، ويجعلها عرضة لتغيير جهة الانتفاع بها ، فتتحول إلى حانوت أو أرض مزروعة ونحوها ، وهو أمكر مستنكر شرعاً »[(٣)] .

= = لابن مفلح : (٥ / ٣١٦) ، الإفصاح عن معانى الصحاح : (٢ / ٥٢) ، المغنى والشرح الكبير على متن المقنع : (٦ / ٣٨) .

(١) شرائع الإسلام : (٢ / ٢١٣) .

(٢) انظر تكملة المجموع : (١٦ / ٢٤٤ - ٢٤٥) .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٦) .

وقد أخذ القانون برأى المالكية فى المادة (٨) بعدم جواز وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ؛ لأن شيوع الموقوف فى غيره قد يحول دون استغلاله ، وقد يكون مثاراً للمنازعات ، ولكن استثنى القانون ثلاث حالات أجاز فيها وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة وهى :

الأولى : أن يكون باقى الحصة الشائعة موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها الحصة الأخرى .

الثانية : أن تكون الحصة الشائعة جزءاً من عين مخصصة لمنفعة شيء موقوف كجرار موقوف لأرضٍ وقفية .

الثالثة : أن تكون الحصة الشائعة حصة أو أسهما فى شركات مالية بشرط أن تكون طرق استغلال أموال الشركة جائزة شرعاً من صناعة أو زراعة أو تجارة ، فإن كانت محرمة شرعاً كالطرق الربوية،فلا يصح وقف أسهمها[1]مادة (٨) .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية للمادة السابقة : أن وقف المشاع جائز فى التشريع ، ولكن الحوادث دلت على أن الشيوع بين وقفين ، أو وقف وملك فيما لا يقبل القسمة كثيراً ما يعطل مصالح الوقف ، وقد تنجم عنه مضار عديدة ومنازعات كثيرة قد تؤدى إلى خراب الوقف ، وقد تباع العين المشتركة عند طلب القسمة ، وتكون الظروف غير ملائمة فيبقى مال البدل معطلاً ، فمن المصلحة أن يمنع وقف الحصة الشائعة فى العقارات التى لا تقبل القسمة إلا فى الحالتين الآتيتين اللتين لا توجد فيهما الأسباب التى دعت إلى المنع :

---

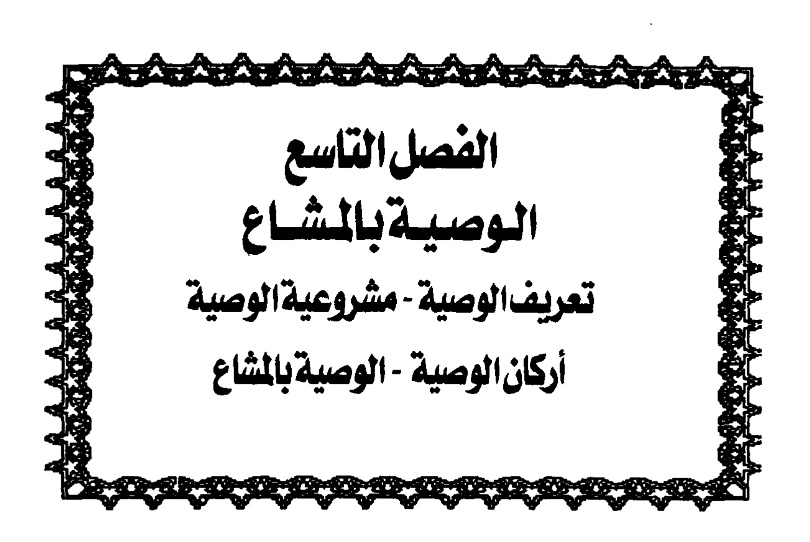
(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨٦) ، الوقف لعيسوى أحمد عيسوى : ص٣١ ،أحكام الوصية والوقف الإسلامى والقانون للدكتور محمد محمد فرحات: ص٣٠٦ .

الحالـة الأولى : أن يقـف كل من الشـريكين حصـته فى هـذا العقار جـهة واحدة، أو تكون حصته من هذا العقار موقوفة مـن قبل على جهة معينة فيقف المالك لباقيها هذا الباقى على نفس الجهة التى وقفت عليها الأخرى .

الحالة الثانية : أن تكون العـين غير قابلة لـلقسمة ، ولكـن منفعتهـا مرتبة للوقف وغيره ، فيقف أحد الشركاء حصتـه الشائعة فيها على الجهة التى وقف عليها الوقف الـذى ينتفع بها وذلك كالسواقى ، وآلات الرى ومـا يحملها من الأرض وغير ذلك من المرافق التى ينتفع بها الوقف(١) .

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية : ص ٢٤ - ٢٥ .



الفصل التاسع
الوصية بالمشاع

تعريف الوصية - مشروعية الوصية
أركان الوصية - الوصية بالمشاع

تعريف الوصية

الوصية فى اللغة العربية : تطلق بمعنى العهد إلى الغير فى القيام بفعل أمر حال حياته أو بعد وفاته .

يقال : وصيته ، وأوصيته ، ووصيت له ، وأوصيت له ، وأوصيت إليه ، جعلته وصياً ، تطلق أيضاً على جعل المال للغير ، يقال : أوصيت له وإليه بمال، جعلته له ، ووصى بالشىء فلاناً أمره به ، وفرضه عليه قال الله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾(١) أى يفرض عليكم ويأمركم(٢) .

وكما تكون الوصية بمعنى المصدر تكون بمعنى الموصى به ، وهو الشائع فى الاستعمال ، ومن هذا قوله تعالى : ﴿ وَوَصَّىٰ بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ ﴾(٣) ، وقد جرى العرف على تخصيصها بما صدر عن العبد قبل موته ، فحيثما نقول: هذا المال وصية نقصد أن هذا المال موصى به ، وهو الأكثر استعمالاً(٤) .

وشرعاً : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان المملك عيناً أم منفعة ، وبه تميزت الوصية عن التمليكات المنجزة لعين كالبيع والهبة ، ولمنفعة كالإجارة ، والإضافة لغير الموت كالإجارة المضافة لوقت فى المستقبل

---

(١) سورة النساء من آية : (١١) .

(٢) انظر لسان العرب لابن منظور : (٦ / ٤٨٥٣ - ٤٨٥٤) ، مادة وصى ، المصباح المنير للفيومى : ص ٦٦٢ مادة وصى ، أنيس الفقهاء للقونوى : ص ٢٩٧ ، والتعريفات للجرجانى : ص ٢٢٥ .

(٣) سورة البقرة من آية : (١٣٢) .

(٤) انظر فى أحكام التركات والميراث والوصية دراسة مقارنة للدكتور / محمد إبراهيم شريف ص١١٤ ، محاضرات فى الميراث والوصية للدكتور / صلاح سلطان : ص١٨١ .

كأول الشهر المقبل ، وتميزت عن الهبة التى هى تبرع أو تمليك بغير عوض بكونها بعد الموت ، والهبة حال الحياة[1] .

والمراد بالتبرع : ما ليس فى مقابلة عوض فالتمليك الذى يكون فى مقابلة عوض كالإقرار بالدين للأجنبى لا يسمى وصية اصطلاحاً ؛ لأن له مقابلاً ، وهو ما ثبت فى ذمته من الدين .

وقد عرف القانون رقم (٧١) الصادر سنة ١٩٤٦ م ، الوصية بأنها : «تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت» مادة (١) .

قال الشيخ محمد أبو زهرة : « وتعريف القانون أجمع من تعريفات الفقهاء بأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، أو أنها تبرع ، أو أنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، أو أنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت » .

وعلل ذلك بقوله عن تعريف القانون : « لأنه يشمل كل الوصايا التى اشتمل عليها ، فهو يشمل التمليكات ، والإسقاطات ، وتقرير المرتبات ،

---

(١) انظر الدر المختار : (٥ / ٤٢٨) ، وتحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٥ - ٢٠٦) ، بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٣) ، وتبين الحقائق للزيلعى (٦ / ١٨١) ، وبداية المجتهد : (٢ / ٤٩٨) ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى على شرح الصغير : (٤ / ٥٧٩) ، مواهب الجليل للحطاب : (٦ / ٣٦٤) ، والمنح الشافيات للبهوتى : (٢ / ٤٦٣) ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد للمرداوى : (٧ / ١٨٣) ، الإقناع للحجاوى : (٣ / ٤٧) ، وكشاف القناع : (٤ / ٢٣٥) ، الوصية فى الشريعة الإسلامية لعيسوى أحمد عيسوى : ص ١٢ ، ١٣ ، شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٢٩ .

ويشمل تقسيم التركة بين ورثته ، ويشمل ما يكون بالمنافع ، ولا يكون بالأعيان ، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق ، وإن كان قد بين ذلك الوفاء ، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً فى التركة ؛ إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره »[١] .

وجاء فى المذكرة التفسيرية : أن هذا التعريف السابق يشمل جميع مسائل الوصية ، فهو يشمل ما إذا كان الموصى به مالاً أو منفعة ... ، ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين ، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة ، وما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التى ليست مالاً ولا منفعة ولا إسقاطاً ولكنه مالى لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع ماله من فلان ؛ والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالاً كان أو منفعة أو حقاً من الحقوق الأخرى المتعلقة بالأموال التى تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث[٢] .

---

(١) انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبى زهرة : ص ٩ ، ١٠ ، فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى : ص ١٦٩ ، المال فى الشريعة الإسلامية بين الكسب والإنفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف سليمان: ص ٢٦٦ .

(٢) انظر المذكرة التفسيرية : ص ٨٨ .

مشروعية الوصية

قد ثبتت مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[1] ، وقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] . فدلت الآية الأولى على مشروعية الوصية للأقارب ، والآية الأخرى جعلت الميراث حقاً مؤخراً عن تنفيذ الوصية وأداء الدين ، لكن الدين مقدم على الوصية ؛ لقوله ﷺ : « الدين قبل الوصية »[3] .

قال الترمذي : والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية .

وأما السنة : فقوله ﷺ : « ما حق امرىء مسلم له شيء يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »[4] ، وعنه ﷺ قال : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ؛ ليجعلها لكم زكاة فى أعمالكم »[5] .

---

(١) سورة البقرة آية (١٨٠) .

(٢) سورة النساء من آية (١١) .

(٣) سنن الترمذى : (٤ / ٣٧٨) ، كتاب الوصايا باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية.

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥ / ٤١٩) ، كتاب الوصايا باب الوصايا ، صحيح مسلم مع شرح النووى : (١١ / ٨٣) ، كتاب الوصية ، حديث رقم (١٦٢٧) .

(٥) سنن الدارقطنى : (١٤ / ١٥٠) ، كتاب الوصايا حديث رقم (٣) ، وفى التعليق المغنى إسناده ضعيف : (٤ / ١٥٠) .

وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء على جواز الوصية ، فقد ثبت أن المسلمين منذ عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يوصون بقدر من أموالهم من غير نكير من أحد لهذا التصرف فكان ذلك إجماعاً على جواز الوصية .

بل إن ابن حزم ذهب إلى أن الوصية فرض علي كل من ترك مالاً ، وحجته فى ذلك ظواهر النصوص السابقة[1] .

وقد نظم القانون الصادر سنة ١٩٤٦ رقم (٧١) الوصية فى اثنتين وثمانين مادة :

---

(١) انظر المحلى : (٩ / ٣١٢) ، وانظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٠) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٣٥) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ٤١٤) .

حكمة مشروعيتها

هى الحكمة من كل التبرعات ، وهى تحصيل الخير فى الدنيا ، وابتغاء الثواب فى الآخرة لذلك شرعها الشارع تمكيناً من العمل الصالح ؛ ليتدارك الإنسان ما قد يكون مقصراً فيه قبل ذلك فيتدارك بالوصية ما فاته من القرب والطاعات ، وقد تكون مكافأة لمن أسدى إليه معروفاً ، وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين ، وسداً لخلة المحتاجين ، وتخفيفاً للكرب عن الضعفاء والبؤساء والمساكين ، وذلك بشرط التزام المعروف والعدل وعدم الإضرار[١] .

قال الشوكانى : إن الإذن لنا بالتصرف فى ثلث أموالنا فى أواخر أعمارنا من الألطاف الإلهية بنا ، والتكثير لأعمالنا الصالحة ، وهو من الأدلة الدالة على اشتراط القربة فى الوصية[٢] .

حكم الوصية:

يدور حكم الوصية على الأحكام الآتية :

(١) الوجوب : كالوصية برد الودائع ، والديون المجهولة التى لا مستند لها، وبالواجبات التى شغلت بها الذمة كالزكاة والحج والكفارات ، وفدية الصيام ونحوها التى فرط فيها .

(٢) الاستحباب : كالوصية للأقارب غير الوارثين ، ولجهات البر والخير والمحتاجين ، أى أنها تستحب إذا كانت بقربة فى غير الواجب .

(٣) الإباحة : إذا كانت الوصية للأغنياء من الأجانب والأقارب ، وإذا

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١١) .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى : (٦ / ٣٩) ، وانظر البحر الرائق لابن نجيم : (٨ / ٤٥٩) .

كانت بمباح من بيع وشراء ونحو ذلك ، فهذه الوصية جائزة .

(٤) الكراهة : وتكره إذا كانت بمكروه ، كالوصية لأهل الفسوق والمعاصى، أو إذا كانت بمال قليل ، فهى مكروهة هنا كراهة تحريم عند الحنفية.

(٥) الحرمة : وقد تكون حراماً غير صحيحة اتفـاقاً كالوصية بمعصية ، كبناء كنيسـة أو ترميمها ، وكـتابة كتب الضلال وسـائر العلوم المحرمـة ، والوصية بالإنفاق على المشروعات الضارة بالأخـلاق ، وبالنياحة بعد الموت ، أو كانت الوصية يقصد بها الإضرار بالورثة ، أو إذا كانت الوصية بشىء محرم[1] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٠) ، انظـر المبسوط للسرخسى : (٢٧ / ١٤٢)، تبيين الحقائق للزيلعـى : (٦ / ١٨٢) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : (٥ / ٤٢٨) ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير : (٤ / ٥٧٩) ، المهذب للشيرازى: (١ / ٤٥١) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٣٨) ، الإقناع للحجاوى : (٣ / ٤٧)، منـار السبـيل : (٢ / ٣٦) ، البـرق اللمـاع فيـما فى المـغنى مـن اتفاق وافـتراق واجتماع: ص ١٨١ .

أركان الوصية

وركنها عند الحنفية هو : الصيغة ، وعند الجمهور هو : الموصى ، والموصى له ، والصيغة ، والموصى به .

أولا : الموصى :

فيشترط عند الحنفية أن يكون من أهل التبرع فى الوصية بالمال ، وما يتعلق به ؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلابد من أهلية التبرع ؛ فلا تصح من الصبى والمجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع ؛ لكونها من التصرفات الضارة المحضة ؛ إذ لا يقابلها عوض دنيوى ، وسواء كان مأذوناً فى التجارة أو محجوراً ؛ لأن الوصية ليست من باب التجارة ، إذا التجارة من باب معاوضة المال بالمال ، ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع ، ولو أوصيا ثم أعتقا وملكا مالاً ثم ماتا لم تجز ؛ لوقوعها باطلة من الابتداء[1] .

وذهب المالكية ، والشافعية فى أحد القولين ، والحنابلة إلى أنه تجوز وصية الصبى المميز الذى يعقل القربة[2] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٤ - ٣٣٥) ، والبحر الرائق : (٨ / ٤٦٠) ، المبسوط للسرخسى : (٢٨ / ٩١) ، وملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبى : (١ / ٣٢١).

(٢) انظر تكملة المجموع : (١٦ / ٣٨٧ - ٣٨٨) ، والمهذب للشيرازى : (١ / ٤٤٩ - ٤٥٠) ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ، ومواهب الجليل للحطاب :(٦ / ٣٦٤) ، وبداية المجتهد : (٢ / ٤٩٥) ، وأسهل المدارك : (٣ / ٢٨٣) ، والبهجة شرح التحفة للتسولى : (٢ / ٣١١) ، والمدونة الكبرى : (٤ / ٢٩٤ - ٢٩٥) ، وشرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٥) ، والشرح الكبير على متن المقنع : (٦ / ٤١٦ - ٤١٧) ، الإنصاف للمرداوى : (٧ / ١٥٣) ، والمحرر فى الفقه على مذهب أحمد : (١ / ٣٧٦) .

وقد أخذ قانون الوصية بما ذهب إليه الحنفية حيث نص فى المادة (٥) على الآتى : « يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً ، على أنه إذا كان محجوراً عليه ؛ لسفه أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية ، جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى »[١].

قال الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى والدكتور صلاح سلطان : إن القانون قد بالغ فى ذلك حيث منع وصية الصبى قبل بلوغه واحداً وعشرين عاماً ، وإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له ذلك مع اشتراط موافقة المجلس الحسبى .

والحق أن القانون لم يبالغ فى ذلك ؛ لأن هناك فرقاً بين التكليف الشرعى الذى يحصل بالبلوغ ، وبين أهلية التصرف التى تحتاج إلى خبرة ، والتى قال عنها المولى سبحانه : ﴿ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[٢] فقد يبلغ الغلام ولكنه غير رشيد فينتظر حتى يكون رشيداً ، فلزم الاحتياط فى ذلك .

أيضاً نص فى المادة (١٤) على أنه : « تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطلقاً إذا اتصل بالموت » .

وصية السفيه :

أجاز الحنفية وصية السفيه فى القربات ، وأجاز الأئمة الثلاثة مالك والشافعى فى أحد القولين ، وأحمد فى أصح الوجهين وصية السفيه إذا كان

---

(١) انظر الوصية فى الشريعة الإسلامية لعيسوى أحمد عيسوى : ص ٣٤ - ٣٥ ، محاضرات فى الميراث والوصية للدكتور / صلاح سلطان : ص ١٨٦ .

(٢) سورة النساء من آية : (٦) .

يعقل الوصية ؛ لأن الحجر عليه لحق نفسه ، فإن منع من الوصية لكان الحجر عليه لحق غيره[١] .

والسفيه : هو من يتصرف فى المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل[٢] .

وفى القانون : إذا أوصى السفيه وقد بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية فإن وصيته جائزة ولكن بعد استئذان المحكمة الحسبية كما فى المادة الخامسة من قانون الوصية .

فالقانون جعل وصية السفيه باطلة إلا بإذن المحكمة الحسبية ، مخالفاً فى ذلك الأئمة الأربعة الذين أجازوا وصية السفيه بدون توقف على إذن أحد ، ولعل اشتراط إذن المحكمة الحسبية ؛ لضمان أن تكون الوصية فى مصلحة السفيه ، وبهذا يقرب من مذهب الحنفية الذين لا يجيزون وصية السفيه إلا فى القربات، غير أن القانون لم يراع الحالات التى يمكن الرجوع فيها إلى المحكمة الحسبية ، فيشترط الإذن فيها ، والحالات التى لا يمكن الرجوع فيها كحالات

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٤ - ٣٣٥) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٥) ، حلى المعاصم لبنت فكر بن عاصم وهو شرح على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم وهذا الشرح للإمام أبى عبد الله محمد التاودى : (٢ / ٣١١) ، المدونة الكبرى : (٤ / ٢٩٤ - ٢٩٥) ، البهجة فى شرح التحفة:(٢ / ٣١١) ، روضة الطالبين : (٦ / ٩٧) ، تكملة المجموع : (١٦ / ٣٨٧ - ٣٨٨)، الروض المربع : (٣٤٦) ، الإنصاف للمرداوى : (٧ / ٥٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٣٦) .

(٢) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور / عبد الكريم زيدان : ص ٣٢٣ .

المرض الشديد والسفر البعيد ، فلا يشترط الإذن فيها ، وكان الأجدر به مراعاة ذلك[١].

وقد استثنى القانون المدنى المصرى من عقود التبرعات الوصية والوقف فقرر صحة وصية السفيه ووقفه متى ما أذنت المحكمة بذلك ، وهذا ما قضت به المادة (١١٦ / ١ مدنى) .

وصية المدين:

تصح الوصية من المحجور عليه لفلس ؛ لأن الحجر عليه لحظ الغرماء ولا ضرر عليهم ؛ لأنه إنما تنفذ وصيته فى ثلث ماله بعد وفاء ديونه[٢] .

قال الكاسانى وهو يتحدث عن شروط الموصى : ألا يكون على الموصى دين مستغرقاً لتركته ، فإن كان لا تصح وصيته ؛ لأن الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث ؛ ولأن الدين واجب والوصية تبرع ، والواجب مقدم على التبرع ، ومعنى التقديم : أن يقضى الدين أولاً ، فإن بقى شيء يصرف إلى الوصية والميراث وإلا فلا [٣].

وقال الشافعية : وأما وصية المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت، وإن أمضوها جازت[٤] .

وقد نص قانون الوصية على أنه تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير

(١) انظر الوصية فى الشريعة الإسلامية لعيسوى أحمد عيسوى : (٣٤ - ٣٥) .

(٢) انظر كشاف القناع : (٤ / ٣٣٦) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٤ - ٣٣٥) .

(٤) انظر تكملة المجموع للمطيعى : (١٦ / ٣٨٧ - ٣٨٨)

مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين مادة (٣٨)[١] .

وقد أجاز القانون للمدين - حتى لو استغرق الدين ماله - أن يوصى ؛ لأن الوصية غير مؤثرة إلا عند تنفيذها ، ومن ثم اشترط عند تنفيذها براءة ذمته من هذا الدين ، والديون مقدمة على الوصية[٢] .

أما إذا لم يكن الدين مستغرقاً كل التركة فيعطى الدائنون حقوقهم أولاً حتى تبرأ ذمة الموصى ، ثم تنفذ الوصية فى حدود ما بقى من التركة فقط بما لا يزيد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة ، وهذا ما تناولته المادة (٣٩) من قانون الوصية[٣] .

وصية المكره:

لا تصح الوصية إلا إذا كان الموصى راضياً بها مختاراً لها ؛ لأنها إيجاب الملك ، أو ما يتعلق بالملك بعد الموت ، فلابد فيها من الرضا كإيجاب الملك بسائر التصرفات من بيع وهبة ونحو ذلك ، وعلى هذا لا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء ؛ لأن هذه الأشياء تفوت الرضا ، ولابد منه فى عقود التمليكات ، ويستوى فى ذلك أن يكون الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ ، والملجئ: هو ما كان بالتهديد بالقتل ونحوه كإتلاف عضو من الأعضاء أو بالضرب الشديد الذى يفضى إلى الموت ، أو بالحبس لمدة طويلة ، وغير الملجىء : هو ما كان بدون ذلك من وجوه الإيذاء ما دام تتوافر له شروط الإكراه المؤثرة على الإرادة وهى : قدرة المكره على تنفيذ ما أكره به ، وخوف

---

(١) انظر فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى حسن : ص ١٧٣ .

(٢) انظر السابق .

(٣) انظر السابق ومحاضرات فى الميراث والوصية للدكتور / صلاح سلطان : ص ١٨٦ .

المكره من وقوع ذلك به إذا لم ينفذ ما أراده منه المكره ، وكون الشيء موضوع الإكراه موحياً عما يعدم الرضا ، وهذا يختلف من شخص لآخر ، وأن يكون المكره ممتنعاً عما أكره عليه قبل الإكراه ، وعلى ذلك فلا يتوفر الإكراه في أن يهدد عاجز إنساناً بالضرب حتى الموت أو هدد القادر بالضرب في الطريق العام؛ لأنه يمكن للمكره أن يستغيث ، وكذلك في تهديد الابن أباه[1] .

ثانيا : الموصى له :

من شروط الموصى له :

(١) أن يكون الموصى له موجوداً عند الوصية حقيقة أو تقديراً ، فإن لم يكن موجوداً لا تصح الوصية ؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح ؛ لأنها تمليك والتمليك لا يجوز للمعدوم ، والموجود قد يكون معيناً بالذات أو بالوصف .

فلا تجوز الوصية عند الجمهور لميت ، وقال مالك : إن علم أنه ميت فهي جائزة ، وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ، ووجود الموصى له : إما حقيقة كإنسان موجود حي ، أو تقديراً كالحمل ، ويعرف وجود الحمل إذا ولدته أمه حياً لأقل من ستة أشهر (وهي أقل مدة الحمل) حين الإيصاء[2] .

أما إن كان معينا بالوصف مثل الوصية للمساجد الأهلية ببلدة كذا ، أو لفقراء مدينة كذا فقد ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى ضرورة وجود هذه

---

(١) انظر الوصية في الشريعة الإسلامية لعيسوى أحمد عيسوى : ص ٣٢ ، ٣٣ ، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور / محمد فرحات: ص٣٩، ٤٠ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٥ - ٣٣٦) ، الشرح الصغير : (٤ / ٥٨١ - ٥٨٥) ، المهذب للشيرازي : (١ / ٤٥١) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٥٦ - ٣٥٧) .

الجهة بالوصف عند موت الموصى وليس عند إنشاء الوصية[1] ، وذهب الإمام مالك إلى عدم اشتراط وجود الموصى له عند إنشاء الوصية أو موت الموصى ، فإن أوصى لفقراء بلدة كذا ولم يعرف أحد فقيراً صحت الوصية واحتبست حتى يوجد هؤلاء الفقراء والأيتام ، وعليه تصح الوصية لما يمكن أن يوجد مستقبلا إلا إذا استحال وجود الموصى له[2] .

وقد نصت المادة (٦ / ٢) على أنه يشترط فى الموصى له : « أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ، ولا وقت موت الموصى وذلك مع مراعاة ما نص عليه فى المادة (٢٠) » وهى تقضى بأن الوصية تلزم بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد موت الموصى . ونصت المادة (٨) على أنه « تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية »[3] .

وقد نصت المادة (٢٦) على الآتى :

« تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ، ممن يحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها ، مع

---

(١) انظر محاضرات فى الميراث والوصية للدكتور / صلاح سلطان : ص ١٨٧ - ١٨٨ .

(٢) انظر الشرح الصغير : (٤ / ٥٨١ - ٥٨٥) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٣٠) .

(٣) انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبى زهرة : ص ٢٩٧ - ٢٩٨ .

من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر ، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه »[1] .

وكل ما سبق على جواز الوصية للمعدوم مأخوذ من مذهب الإمام مالك كما بينا من قبل ، حيث لا يشترط وجود الموصى له عند إنشاء الوصية .

ونصت المادة (٢٨) على أنه : « إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ، ويعطى الباقي لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له ، وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر » وهذا كله تطبيق لما سبق إقراره من صحة الوصية للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يمكن إحصاؤهم وتعيينهم .

ونصت المادة (٣٠) على أنه : « تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم ؛ لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ، ومن له تنفيذ الوصية هو الموصى[2] المختار ، فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك » ، ولا يشترط كون الموصى له من أهل الملك فلو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في

(١) انظر في الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي حسن : ص ١٧٦ .

(٢) أعتقد أن هذه الكلمة هي الوصي وليست الموصى .

(٣) انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبي زهرة : ص ٣٠٣ - ٣٠٤ ، وهذه المادة مأخوذة من الحنفية انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ٢١٢ - ٢١٦) .

إصلاحاته وعمارتـه ، وتجصيصه يـجوز ؛ لأن قصد المسلم من هذه الـوصية التقرب إلى الله سبـحانه وتعالى بإخراج ماله إلى الله - سبـحانه وتعالى - لا التمليك إلى أحد [١].

وقد نـصت المـادة (٧) على ذلـك : « تصـح الوصـية لأماكـن العـبادة والمؤسسات العلمـية ، والمصالح العامة ، وتصرف على عمـارتها ، ومصالحها وفقرائهـا ، وغير ذلك من شئونهـا ، ما لم يتعين المصـرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تـعالى ، ولأعمال البر بدون تعيين جـهة وتصرف فى وجوه الخير » .

(٢) أن يكون الموصى له معلوماً معيناً بالاسم مثل وصيت لفلان بن فلان ، أو معيناً بالوصف مثل جمعية المحافظة على القرآن والسنة ، أو على مكتب كذا لتحفـيظ القرآن ، فالمهم فى هـذا العلم أن يكون نافـياً للجهالة بحـيث يعرف الموصى لـه باسمه أو بـصفته ، فإن كـان الموصى له مجـهولاً جهالـة لا يمكن إزالتها لم تجز الوصية له ؛ لأن الجهالة التـى لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصـى له فلا تفيد الوصية ، وعلـى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس أنه لا يصح[٢] .

وقد نصت المادة (٦) من قانون الوصية أنه يشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً .

(٣) الوصية للـقاتل : اختلف الفقهاء فـى الوصية للقاتل فقال الحـنفية عن

---

(١) انظر بدائـع الصنائع : (٧ / ٣٤١ - ٣٤٢) ، والشرح الـصغير : (٤ / ٥٨١ - ٥٨٢) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٤٠ - ٤١) ، منار السبيل : (٢ / ٤٠ - ٤١).

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٤٢) .

شروط الموصى له : « ألا يكون قاتلاً للموصى قتلاً حراماً على سبيل المباشرة، فإن كان لم تصح به الوصية ؛ لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا وصية لقاتل »[1] ويروى أنه قال : « ليس لقاتل شىء »[2] ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية فى القاتل ؛ ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجراً لحرمان الميراث فيثبت ، وسواء كان القتل خطأ أم عمداً ؛ لأن القتل الخطأ قتل ، وسواء أوصى له قبل الجناية أم بعدها ؛ لأن الوصية إنما تقع تمليكاً بعد الموت »[3] .

وقال الحنابلة مثلما قال الحنفية : ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصى ، فإن فعل بطلت الوصية ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد منها ، فالوصية أولى، ومعاملة له بنقيض قصده ، وإن أوصى لقاتله لم تصح الوصية ، وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل وصيته ؛ لأنها صدرت من أهلها فى محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ، وسواء كان القتل خطأ أم عمداً ، مباشرة أم تسبباً يمنع الميراث ويبطل الوصية[4] .

---

(١) سنن الدارقطنى : (٤ / ٢٣٧) ، كتاب الأقضية حديث (١١٥) .

(٢) سنن الدارقطنى : (٤ / ٢٣٧) ، كتاب الأقضية (١١٨) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٨ - ٣٤١) ، المبسوط للسرخسى : (٢٧ / ١٧٦ - ١٧٧) ، ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبى : (١ / ٣٢١) .

(٤) انظر كشاف القناع : (٤ / ٣٥٨ - ٣٥٩) ، وقد ذكر ابن قدامة فى الوصية للقاتل ثلاثة أوجه ، انظر المغنى : (٦ / ٥٤٠ - ٥٤١) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضى أبى يعلى : (٢ / ٢١ - ٢٢) .

أما الشافعية فقالوا : الأظهر أن الوصية تصح للقاتل ولو تعدياً ، فلو قتل الموصى له الموصى ولو تعدياً ، استحق الموصى به ؛ لأن الوصية تمليك بعقد ، فأشبهت الهبة وخالفت الميراث .

وعندهم قول آخر وهو المنع ؛ لأنه مال يستحق بالموت فأشبه الإرث[١] .

وأما المالكية : فعندهم أن الوصية تصح لقاتل ، سواء أكان القتل عمداً أم خطأ إذا علم الموصى بمن قتله ، ولم يغير وصيته ، أو أوصى بعد الضرب ، مع علمه بأن الموصى له هو الضارب ؛ لأن المانع من صحة الوصية ، وهو استعجال الموصى له الشيء قبل أوانه ، فيعاقب بالحرمان ، لا يتحقق إلا إذا كان القتل لاحقاً للوصية ، وإذا كان الموصى عالماً بالضرب ، ثم أوصى له ، دل على أنه عفا عنه وقصد الإحسان إليه[٢] .

ومن ذلك يتبين أنه لا يشترط عند المالكية ألا يكون الموصى له قاتلاً بشرط أن تقع الوصية بعد الضربة ، وأن يعرف المقتول قاتله ، فإن ضرب شخص غيره ضربة قاتلة عمداً أو خطأ ، ثم أوصى له بعد الضربة بشيء صحت الوصية ، أما إذا أوصى له قبل أن يضربه ، ثم ضربه فأماته ، فإن الوصية تبطل سواء عرف القاتل ولم يغير الوصية ، أم لم يعرفه ، على الراجح ؛ لأن فيها شبهة استعجال الوصية كالميراث[٣] .

ففى هذه الحالة الأخيرة يتفق مذهبهم مع الحنفية والحنابلة ، وفى الحالة

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٤٣ ، ٤٤) ، تكملة المجموع : (١٦ / ٣٩٦) .

(٢) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، أسهل المدارك : (٣ / ٢٧٨ - ٢٧٩) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٣٧ - ٣٨) .

(٣) انظر الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى : (ص ٥٤٥ ، ٥٤٦) .

الأولى أى وقوع الوصية بعد الضربة يكون مذهبهم كالشافعية ، ويكون لدينا رأيان : رأى الحنفية والحنابلة أن القتل يبطل الوصية ، ورأى الشافعية والمالكية، فى أن القتل لا يبطل الوصية ، وقد أخذ القانون فى المادة (١٧) برأى الحنفية والحنابلة من أن القتل مانع من استحقاق الوصية ، وبرأى المالكية فى تحديد نوع القتل المانع من الإرث والوصية ، وهو القتل قصداً أو عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً ، أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى ونفذ الحكم ، وكان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً [1] .

ونحن نميل إلى أن القتل يبطل الوصية ؛للأحاديث السابقة فى هذه المسألة .

الوصية للحمل:

قال الحنفية : تصح الوصية للحمل وبالحمل إن ولدته أمه حياً لأقل مدة الحمل وهى ستة أشهر من وقت الوصية[2] ، إذا كان زوج الحامل حياً أى من حال الوصية للحمل ، فإذا كان ميتاً ، فالشرط أن تأتى به حياً لأقل من سنتين من وقت الموت ، أما إن أتت به ميتاً فلا تجوز الوصية[3] .

وإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن ، فالشرط أن تأتى به لأقل من سنتين

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٣٨) .

(٢) وقال بعض الحنفية ومنهم الكاسانى : « يعتبر ذلك من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية » ، انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٥ - ٣٣٦) .

(٣) انظر الهداية للمرغينانى : (١٠ / ٤٣٢) ، وتكملة فتح القدير:(١٠ / ٤٣٢) ، وشرح العناية على الهداية : (١٠ / ٤٣٢) ، وحاشية سعدى جلبى : (٣ / ٤٣٢) ، الكتاب للقدورى ، واللباب للشيخ عبد الغنى الغنيمى : (٤ / ١٨٢) ، ملتقى الأبحر : (١ / ٣٢١) ، والدر المختار : (٥ / ٤٢٩) .

من تاريخ الطلاق ، ومثلـه لو أقر الموصى بأنها حامل ، فتثبت الوصية له إن وضعته ما بين سنتين من يوم أن أوصى ؛ لثبوت الحمل بإقرار الموصى[١] .

وقال الشافـعية : وتصح الوصية لحـمل موجود ولو نطفـة ، أما لو قال : لحملها الذى سيحدث ، فالأصح البطـلان ، وتنفذ إن انفصل الحمل حياً حياة مستقرة ، فلو انفصل ميتاً ولو بجناية فلا شىء له كما لا يرث ، وعلم وجوده عند الوصيـة بأن انفصل لدون ستة أشـهر منها ؛ لأنها أقل مـدة الحمل ، فإذا خرج قبلها علم أنـه كان موجوداً عند الوصية ، فإن انفصل لسـتة أشهر فأكثر منها والمرأة فراش زوج أو سـيد لم يستحق الموصى به ؛ لاحتـمال حدوثه بعد الوصية ، والأصل عدمه عندها فلا يستحق بالشك[٢] .

وقال الحنـابلة : تصح الـوصية للحـمل الذى تحقـق وجوده قبلهـا أى قبل الوصية بأن تضـعه لأقل من ستة أشهر من الوصيـة إن كانت فراشاً ، أو لأقل من أربع سنين[٣] إن لم تكـن كذلك ، ولا تصح لمـن تحمل به هـذه المرأة فإن انفصل ميتاً بطلت ؛ لأنه لا يرث[٤] .

---

(١) انظر المراجع السابقة ، والفقـه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٣١) ، مع مراعاة أنه ثبت علمياً أن الحمل لا يـستقر فى بطن امه أكثر من سنة شـمسية أى (٣٦٥) يوماً وهى أقصى مدة الحمل .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٤٠ - ٤١) ، المهذب : (١ / ٤٥١ - ٤٥٢) .

(٣) اقصى مـدة للحمـل لا تزيد عن سـنة شمسـية ٣٦٥ يوماً وهـو ما أفتى بـه الأطباء الشرعيون ، انظر فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى: ص ١٨٣ .

(٤) انظر الروض المربع : (٣٤٨) ، منتهى الإرادات لابن النجار : (٢ / ٤٣ - ٤٧)، منار الـسبيل : (٢ / ٤٠ - ٤١) ، المحرر فى الـفقه على مذهـب أحمد : (١ / ٣٨٢) ، القواعد لابن رجب الحنبلى : (١٨٢) .

وقال المالكية : تصح لمن سيكون من حمل موجود ، أو سيوجد فيستحقه ، كأن يقول : أوصيت لمن سيكون من ولد فلان ، فيكون لمن يولد له ، سواء كان موجوداً بأن كان حملاً حين الوصية أم غير موجود أصلاً ، فيؤخر الموصى به للوضع على كل حال ، فإذا وضع واستهل أخذ ذلك الشيء الموصى به ، ومثله : أوصيت لمن يولد لفلان ، فيكون لمن يولد له ، لا لولده الموجود بالفعل سواء علم أن له حين الوصية ولداً أم لا[1] .

وتجوز الوصية عندهم لميت علم الموصى بموته حين الوصية ، ويصرف الشيء الموصى به للميت فى وفاء دينه ، فإن لم يكن عليه دين فلوارثه ، فإن لم يكن عليه دين ولا وارث له بطلت الوصية ولا يأخذها بيت المال[2] .

فالجمهور يشترطون وجود الموصى له حين الوصية ، وتصح الوصية للحمل إن ولد حياً لأقل من ستة أشهر من تاريخ إنشاء الوصية ، أما المالكية فلا يشترطون هذا الشرط ويجيزون الوصية للحمل الذى سيوجد ، وإن لم يكن موجوداً عند الوصية ، فلا يشترط وجود الموصى له عندهم حين الوصية .

وقد نصت المادة (٣٥) من قانون الوصية للحمل بالآتى :

١ - إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

٢ - إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتى يوم على

---

(١) انظر الشرح الصغير : (٤ / ٥٨١ - ٥٨٥) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦) ، مواهب الجليل للحطاب : (٦ / ٣٣٦) ، البهجة فى شرح التحفة : (٢ / ٣١١ - ٣١٢) ، المدونة الكبرى : (٤ / ٢٩٠) .

(٢) انظر الشرح الصغير : (٤ / ٥٨١ - ٥٨٥) .

الأكثر من وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بـائنة ، فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

فالقانون اشتـرط أن الموصى له ينبغى أن يكون موجوداً عـند الوصية إن كان معيناً وهو ما قال به جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لـصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين ، وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

وهذه الفقرة الأخيرة مأخوذة من مذهب الإمام مالك كما سبق ، وأيضاً عند المالكية إن وجد مـن ذلك الحمل متعدد ، وزع الموصى به لـعدده أى على عدد الحمل لصدق لفظ الحمل عليه(١) .

وهذا ما نـصت عليـه المادة (٣٦) من قانـون الوصية حـيث نصت عـلى الآتى: « إذا جاءت الحامـل فى وقت واحد أو فى وقتـين بينهما أقـل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصيـة بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خـلاف ذلك ، وإذا انفصـل أحدهم غيـر حى استحـق الحى منهـم كل الوصية، وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حـصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان، وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع » .

الوصية للوارث:

ذهب الأئمة الأربعة : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(٢) إلى أنه لا تجوز

---

(١) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٨) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٨) ، اللباب شرح الكتاب :(٤ / ١٦٨) ، تحفـة الفقـهاء : (٣ / ٢١٢ - ٢١٦)بـداية المجتـهد:(٢ / ٤٩٦) ، ==

الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ، فيشترط فى الموصى له ألا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى ، فإن كان لا تصح الوصية ؛ لما روى عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث »[1] .

فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصاً ، وأشار إلى تحول الحق من الوصية ، وفى بعض الروايات : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة »[2] .

قال الكاسانى : « ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة ؛ لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة ، وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم ، فيؤدى إلى قطع الرحم وأنه حرام ، وما أدى إلى حرام فهو حرام دفعاً للتناقض »[3] .

ثم الشرط ألا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه ، وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت الموصى لم تصح الوصية ؛ لأن الموصى له وهو الأخ صار وارث الموصى عند موته ، ولو أوصى لأخيه ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصى صحت الوصية؛ لأن الأخ ليس بوارثه عند الموت ؛ لصيرورته محجوباً بالابن[4] .

= القوانين الفقهية : (٣٤٨) ، مواهب الجليل للحطاب : (٦ / ٣٦٨) ، المهذب : (١ / ٤٥١) ، الروض المربع : (٣٤٦) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ٤١٩) ، الإجماع لابن المنذر : ص ١٣٦ .

(١) سنن أبى داود : (٣ / ١١٤) ، كتاب الوصايا باب ما جاء فى الوصية للوارث ، سنن الترمذى : (٤ / ٣٧٦) ، كتاب الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث .

(٢) سنن الدارقطنى : (٤ / ١٥٢) ، كتاب الوصايا حديث رقم : (١٠ - ١١) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٦ - ٣٣٨) .

(٤) انظر السابق .

وإنما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصى لا وقت وصيته ؛ لأن الوصية ليست بتمليك فى الحال ؛ ليعتبر كونه وارثاً وقت وجودها بل هى تمليك عند الموت ، فيعتبر ذلك عند الموت .

ويشترط لصحة الإجازة شرطان :

(١) أن يكون المجيز من أهل التبرع عالماً بالموصى به .

(٢) أن تكون الإجازة بعد موت الموصى ، فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصى ، فلو أجازوها حال حياته ثم ردوها بعد وفاته صح الرد وبطلت الوصية سواء كانت الوصية للوارث ، أم لأجنبى بما زاد عن ثلث التركة[١] ، وإن أجاز البعض دون البعض جاز على المجيز بقدر حصته .

من قال بالوصية للوارث :

رأى الشيعة الزيدية والشيعة الإمامية والإسماعيلية أن الوصية للوارث جائزة بدون توقف على إجازة الورثة ؛ لظاهر قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٢] ونسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز ، ورد عليهم بأن حديث ابن عباس السابق : « لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » صرح بنفى الجواز إلا إذا أجازت الورثة ، وبأن الآية المذكورة منسوخة بالسنة ، أو بآية الفرائض[٣] .

---

(١) انظر المراجع السابقة للمذاهب .

(٢) سورة البقرة آية (١٨٠) .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى : (٦ / ٤١) ، فروع الكافى للكلينى : (٧ / ١٢ / ١٣) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٣) ، شرائع الإسلام لنجم الدين جعفر ابن الحسن : (٢ / ٢٥٣) .

مانعو الوصية للوارث مطلقاً :

قال المزنى والظاهرية : لا تصح الوصية للوارث ولو أجازها الورثة ؛ لأن الله منع من ذلك ، فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطل الله على لسان رسوله ﷺ، فإذا أجازوها كان هبة مبتدأة منهم ، لا وصية من الموصى ؛ لأن المال حينئذ صار للورثة ، فحكم الموصى فيما استحقوه بالميراث باطل[1] .

وقد أخذ القانون المصرى الخاص بالوصية فى المادة (٣٧) برأى الشيعة وخالف رأى جمهور الفقهاء ، فأجاز الوصية للوارث فى حدود الثلث من غير إجازة الورثة ، فقد نصت المادة السابقة على الآتى :

« تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ، ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة » .

ورغم أن القانون فى ذلك قد خالف قول جمهور العلماء على مر العصور من أنه لا وصية لوارث ، فلا بأس من الأخذ بهذا القانون وبخاصة أنه قد قال به بعض الفقهاء .

قال أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : إن بعض الورثة قد يختلفون عن بعضهم الآخر فى اعتبار معين يرجح تخصيصهم بما يزيد على الميراث الذى يشتركون فيه بالوصية لهم: مثل فقر شديد أو عجز عن الكسب أو نحو ذلك، وما دامت الآية لم تنسخ على القول الأرجح ، فلا بأس من العمل بها

---

(١) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٤٩٦) ، المحلى : (٩ / ٣١٦) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٣) .

بإطلاق، والقضية خلافية بين مجموع المسلمين ، ولا بأس من العمل بقول بعضهم ، وإن لم يكن جمهورهم ، ما دام الناس قد احتاجوا للوصية للوارث من أجل الاعتبارات السابقة[١] .

ومن شروط الموصى له : ألا يكون جهة معصية :

فلا تصح الوصية للكنيسة ولا لحصرها وقناديلها ونحوه ، ولا لبيت نار ، ولا لبيعة وصومعة ، ولا دير ، ولا لإصلاحها وشعلها وخدمتها ، ولا لعمارتها، ولا لكتب التوراة والإنجيل والزبور والصحف ؛ لأنها كتب منسوخة والاشتغال بها غير جائز لما فيها من التغيير والتبديل .

ولا تصح الوصية ببناء موضع لبعض المعاصى كالخمارة ؛ لأن القصد من الوصية تدارك مافات فى حال الحياة من الإحسان فلا يجوز أن تكون الوصية بمعصية[٢] .

وألا يكون الموصى له حربياً ، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمى ؛ لأن التبرع بتمليك المال يكون إعانة له على الحراب ، وأنه لا يجوز[٣].

---

(١) انظر فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى : ص ١٩٤ - ١٩٥ .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٤٠ - ٤١) ، المجموع : (١٦ / ٣٩٣ - ٣٩٥) ، المهذب : (١ / ٤٥١) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٦٤ - ٣٦٥) ، منتهى الإرادات: (٢ / ٤٣ - ٤٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣٨ - ٣٤١) ، المبسوط : (٢٧ / ١٧٧) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٤٣) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧)، وعند الشافعية وجهان ، انظر المجموع : (١٦ / ٣٩٥) ، وانظر عكس ذلك فى المحرر فى الفقه على مذهب أحمد:(١ / ٣٨٢) ، وكشاف القناع : (٤ / ٣٥٢) .

وقد أخذ القانون بذلك فى المادة (٣) فقال : «يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع » .

وتصح الوصية من المسلم لغير المسلم ، باتفاق أهل العلم ؛ لأن الصدقة تجوز عليه فجازت الوصية بشرط ألا يكون ذلك عوناً على حرب المسلمين[١] .

صيغة الوصية:

إن الحنفية يعتبرون أن ركن الوصية هو الصيغة ، لذلك قال الكاسانى : «وأما ركن الوصية ، فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله - : « هو الإيجاب والقبول : الإيجاب من الموصى ، والقبول من الموصى له ، فما لم يوجدا جميعاً لا يتم الركن ، أو هو الإيجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده »[٢] .

وقال زفر : « الركن هو الإيجاب من الموصى فقط ، ووجه قوله أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث ؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله ، وكذا ملك الموصى له »[٣] .

وقال الكاسانى : ولنا قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا

(١) انظر شرح الزرقانى على مختصرخليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، ومالك فى المدونة لا يجيز الوصية للذمى : (٤ / ٢٨٧ - ٢٨٨) ، المجموع : (١٦ / ٣٩٥ - ٣٩٦)، المهذب : (١ / ٤٥١) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٥٢ - ٣٥٤) ، منتهى الإرادات : (٢ / ٤٣ - ٤٧) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣١ - ٣٣٣) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : (٥ / ٤٢٩) .

(٣) انظر السابق ، وتحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٦ - ٢٠٧) .

سَعَىٰ﴾[1] فظاهره ألا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول فلا ثبت من غير سعيه ، وهذا منتف إلا ما خص بدليل ، ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى إلى الإضرار به من وجهين :

أحدهما : أنه يلحقه ضرر المنة ، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة .

الثانى : أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد[2] ، وهذا هو الأصل الذى نقبله ؛ لأن السكوت فى بعض الأحيان لا يكون قبولاً .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إنه لابد من الإيجاب والقبول ، والصيغة: هى مادل على معنى الوصية ، فيدخل اللفظ والكتابة والإشارة[3] .

وصيغتها : أوصيت له بكذا ، أو ادفعوا له بعد موتى كذا ، أو أعطوه كذا، أو جعلته له بعد موتى ، أو له بعد موتى وهذه كلها صرائح ، ومن صرائحها أيضاً : ملكته له ، أو وهبته له ، أو حبوته بعد موتى ، وتصح بالإشارة المفهمة ولو من قادر على النطق[4] .

---

(١) سورة النجم آية (٣٩) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣١ - ٣٣٣) ، تحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٦ - ٢٠٧).

(٣) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، الشرح الصغير : (٤ / ٥٨٤) ، حاشية الدسوقى : (٤ / ٤٢٣ - ٤٢٤) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٥٢ - ٥٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٤٤ - ٣٤٥) .

(٤) انظر حاشية الدسوقى : (٤ / ٤٢٣ - ٤٢٤) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٥٢ - ٥٣)، كشاف القناع : (٤ / ٣٤٤ - ٣٤٥) ، الروض المربع : ص ٣٤٧ .

وتنعقد الوصية بـالكناية مع النية ، كعبدى هذا لزيد ؛ لأنه يـحتمل التعيين لها ، والتعيين للإعارة ، أو عينت له هذا كالبـيع ، وتنعقد بالكتابة مع النية ، فإذا كتب لزيد كذا ونـوى به الوصية له وأعرب بالنية نطقـاً أو ورثته بعد موتى صحت ويحصل القبول باللفظ كقبلت ، وبما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا ، ويحصل الرد بقـول الموصى له : رددت الوصية ، وما أدى هذا المعنى نحو : أبطلتها .

وإن كان الموصى لـهم غير محصورين كـالفقهاء والمساكـين ، ومن لا يمكن حصرهم ، كـبنى تميم ، أو علـى مصلحة كمـسجد لم يشتـرط القبول ؛ لأن اعتبار القبول مـنهم متعذر ، ولو أوصى لمعين محصور كـزيد اشترط القبول ؛ لأن القبول شرط فى لزومها[1] .

ومما سبق يتبين أن الوصية تنعقـد شرعاً بأحد الطرق الآتية وهى : العبارة ، أو الكتابة ، أو الإشارة المـفهمة ، وقد نص قانون الوصيـة على ذلك فى المادة الثانية : « تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » .

أما عن وقت القبول : فوقت قبول الوصية يـكون بعد موت الموصى ؛ لأن الموصى له لا حـق له قبل موت الموصـى ؛ لأن الوصية لا تنفـذ إلا بعد موت الموصـى ، فلا يصح الـقبول ولا الرد فـى حياة المـوصى ؛ إذ لا حق له قـبل الموت، فلـو قبل الموصـى له فى حيـاة الموصى فإن ذلـك لا يفيده شـيئاً ؛ إذ

---

(١) انظر بـدائع الصنائـع : (٧ / ٣٣١ - ٣٣٣) ، ملتقـى الأبحر : (١ / ٣٢١) ، حاشية ابن عابـدين : (٥ / ٤٣٠) ، شرح الزرقانى على مختـصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، مغـنى المحـتاج : (٣ / ٥٢ - ٥٣) ، كشـاف القـناع : (٤ / ٣٤٤ - ٣٤٥) .

للموصى أن يرجع فى وصيته مادام حياً ؛ لأن عقد الوصية غير لازم ، حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله ؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت[١] ، وهو ما أخذ به القانون فى المادة (٢٤) « لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى » . ولا يشترط فى القبول أن يكون بعد موت الموصى على الفور؛ لأن الفور إنما يشترط فى العقود الناجزة التى يعتبر فيها ارتباط الإيجاب بالقبول .

وقد نصت على ذلك المادة (٢٢) حيث قالت : « لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت » .

وإذا مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية ؛ لأنها قبل الموت غير لازمة فبطلت بالموت ، وكذلك تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد موت الموصى ؛ لأنه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه .

وإذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل قبوله ورده قام وارثه مقامه فى القبول والرد ، إلا إذا كان الموصى قد قصد الموصى له بعينه ، فليس لوارثه القبول ، وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة[٢] ، وأخذ بذلك قانون الوصية فى المادة (٢١)[٣] .

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية التى يتوقف فيها تمام الالتزام على

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٣١ - ٣٣٣) ، ملتقى الأبحر : (١ / ٣٢١) ، حاشية ابن عابدين : (٥ / ٤٣٠) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، مغنى المحتاج : (٣ / ٥٢ - ٥٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٤٤ - ٣٤٥) .

(٢) المراجع السابقة ، المذكرة التفسيرية لقانون الوصية : ص ٩٦ .

(٣) « إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها ، قام ورثته مقامه فى ذلك » .

تسليم العين عقد الوصية ، فهى تصرف من التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، بمجرد وفاة الموصى وقبول الموصى له أو عدم رده بعد الوفاة تتم الوصية ، ويصبح المال ملكاً له بلا حاجة إلى تسليم ؛ لأن الشخص المنشىء للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم ، فبنيت الوصية على التسامح استثناء من القواعد القياسية تسهيلاً لأعمال البر والخير[١] .

وقد نص قانون الوصية فى المادة (٢٠) على « أن الوصية تلزم بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً ، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى ، ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ، ممن يمثلها قانوناً فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول » .

ورأى الشافعية أن للوارث الحق فى مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد ، فإن امتنع بعد المطالبة كان امتناعه رداً للوصية وقال الحنابلة : إن امتنع من قبول ورد،حكم عليه بالرد وسقط حقه[٢] ، وأخذ القانون بذلك فى المادة (٢٢) حيث قال : « تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو ردها، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول » .

وصيغة الوصية قد تكون مطلقة بلا شروط ، ويمكن أن تكون مقيدة ،

---

(١) انظر المدخل الفقهى العام : (١ / ٣٣٩ - ٣٤٠) .

(٢) انظر منار السبيل : (٢ / ٣٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ١٨) .

ويجب أن يتوفر فى الشرط ما يلى :

أن يكون فيه مصلحة للموصى أو للموصى له أو لغيرهما ، وألا يكون الشرط منهياً عنه وألا يكون منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية وهو ما نصت عليه المادتان (٣ ، ٤) من قانون الوصية ، ففى المادة (٣) : « يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع » . وفى المادة (٤) : « والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ، ولم يكن منهياً عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة » .

شروط الموصى به:

وأما الذى يرجع إلى الموصى به فأنواع منها :

(١) أن يكون مالاً أو متعلقاً بالمال ؛ لأن الوصية إيجاب الملك أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والإعتاق ، ومحل الملك هو المال ، فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولأحد ؛ لأنهما ليسا بمال فى حق أحد ، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال[(١)] .

والمال الموصى به يشمل الأموال النقدية من دراهم ودنانير ، والعينية من عقارات ودور وشجر وعروض تجارية وحيوان ولباس وأثاث ونحوها ، والديون التى فى ذمة الغير ، والحقوق المستحقة فى الغنيمة ، والحقوق المقدرة بمال وهى حقوق الارتفاق من مرور وشرب ومسيل ، والمنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض وغلة البستان التى ستحدث فى المستقبل ، وركوب الدابة أو السيارة ونحوها مما يصح بيعه وهبته[(٢)] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٥٢ - ٣٥٣) ، الدر المختار : (٥ / ٤٢٩).

(٢) انظر الوصية فى الشريعة الإسلامية لعيسوى أحمد عيسوى : ص ٤٦ - ٤٧، = =

والمنافع عند الحنفية وإن كانت لا تورث عندهم فإنه يصح التعاقد عليها حال الحياة ، فيصح الإيصاء بها ؛ لأن المقصود تمليك المنفعة بعد الموت ، فتجوز الوصية بخدمة عبد بعينه لفلان يكون وصية بالخدمة له ، وعين العبد تكون للورثة ، ما دام الموصى له حياً ، وإذا مات الموصى له يسلم العبد إلى الورثة ، فإنها فى معنى العارية فينتهى بموت الموصى له ، وكذا لو أوصى بالعبد لإنسان وبخدمته لآخر ، جاز ذلك عندهم أيضاً [١] .

وكذا لو أوصى بسكنى داره أو بغلة بستانه ، ولم يوقت فى ذلك وقتاً ، فيكون للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة وما كان من الثمرة والغلة حاصلاً قبل موت الموصى له فيكون لورثته ، وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصى [٢] .

فقهاء الحنفية قد اعتبروا المنافع أملاكاً ولم يعتبروها أموالاً .

وأما غير الحنفية فقالوا أيضاً : تصح الوصية بالمنافع ؛ لأنها كالأعيان فى الملك بالعقد والإرث ، فكانت كالأعيان فى الوصية ، ويجوز بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر ؛ لأن المنفعة والعين كالعين ، فجاز فيهما ما جاز فى العينين ، ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة ، وبمنفعة مؤبدة ؛ لأن المقدرة كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع [٣] .

= = الوصية لمحمد زكريا البرديسى : ص ٦٠ - ٦١ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٤ - ٤٥) .

(١) انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٨ - ٢٠٩) .

(٢) انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٨ - ٢٠٩)، والمبسوط : (٢٧ / ١٨١ - ١٨٢) ، وملتقى الأبحر : (١ / ٣٢٨ - ٣٢٩) .

(٣) انظر المدونة الكبرى : (٤ / ٣١١) ، وبداية المجتهد : (٢ / ٤٩٦) ، = =

وذهب المالكية والشافعية إلى اعتبار المنافع أمولاً كالأعيان بلا فرق وذهب ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر إلى أن الوصية بالمنافع باطلة ، وعمدتهم فى ذلك أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ؛ لأن الميت لا ملك له ، فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره »[1] ، [2] .

واعتبار المنافع أمولاً هو الأوجه ؛ لأنه يوافق الأنظار القانونية الحديثة .

(٢) أن يكون المال الموصى به متقوماً فى عرف الشرع ، أى يباح الانتفاع به شرعاً ، فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فإنها وإن كانت مالاً حتى تورث ، لكنها غير متقومة فى حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالإتلاف ، فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ، ويجوز ذلك من الذمى ؛ لأنها مال متقوم فى حقهم كالخل ، وتجوز بالكلب المعلم؛لأنه متقوم ، ولا تصح الوصية

= ومغنى المحتاج : (٣ / ٦٤) ، والمهذب : (١ / ٤٥٢) ، والمجموع : (١٦ / ٤٠٧)، والروض الندى شرح كافى المبتدى فى فقه أحمد بن حنبل تأليف أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلى : ص ٣١٢ ، ومنار السبيل : (٢ / ٤٣ ، ٤٤) ، القواعد فى الفقه الإسلامى لابن رجب : ص ١٩٦ ، وكشاف القناع : (٤ / ٣٧٣).

(١) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٤٩٦ - ٤٩٧) .

(٢) ابن أبى ليلى : محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى بن بلال الأنصارى الكوفى ، قاض ، فقيه من أصحاب الرأى ، ولى القضاء والحكم بالكوفة لبنى أمية ثم لبنى العباس ، ولد سنة ٧٤ هـ وتوفى ١٤٨ هـ ، والأعلام للزركلى : (٦ / ١٨٩) .

ابن شبرمة : عبد الله بن شبرمة وهو فقيه كوفى تفقه على الشعبى وروى عن أنس والتابعين ، وتوفى سنة ١٤٤ هـ ، طبقات الفقهاء للشيرازى : ص ٨٤ ، وشذرات الذهب لابن العماد الحنبلى : (١ / ١٥ ، ١٦) ، سير أعلام النبلاء للذهبى:(٦ / ٣٤٧) ، والعبر فى خبر من غبر للذهبى : (١ / ١٥٢) .

لنائحة على ميت ، ولا الوصية بلهو ، أو إعطاء مال على ما لا يحل كقتل نفس[١] .

وكذلك تصح الوصية عند الشافعية والحنابلة بما فيه نفع مباح من غير المال ككلب صيد ، وكلب ماشية ، وكلب زرع وحرث ، ونحوها من السباع الصالحة للصيد ؛ لأن فيها نفعاً مباحاً ، وتقر اليد عليها ، والوصية تبرع فصحت فى غير مال كالمال[٢] .

وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس ، والكلب وجلد الميتة ؛ لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها فجاز نقل اليد فيها بالوصية[٣] وقد نصت المادة (٣) على أنه : « يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع » .

وقد نصت المادة (١٠) من قانون الوصية على الآتى :

يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى .

(٢) أن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالاً .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٥٢ - ٣٥٣) ، شرح الزرقانى على مختصر خليل : (٤ / ١٧٩ - ١٨٠) ، بلغة السالك لأقرب المسالك : (٢ / ٤٦٧) ، المهذب : (١ / ٤٥٢) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٦٧ - ٣٦٨) .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٣ / ٤٤) ، المهذب : (١ / ٤٥٢) ، منار السبيل : (٢ / ٤٣ - ٤٤) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٦٧ - ٣٦٨) .

(٣) انظر المهذب : (١ / ٣٥٢) ، المحرر فى الفقه على مذهب أحمد : (١ / ٣٨٥).

(٣) أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معينا بالذات .

وهذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية ، كما نصت على ذلك المذكرة التفسيرية ، وكما رأينا ذلك من قبل عند الكاسانى فى البدائع[١] .

وقد أخذ القانون أيضاً بقول جمهور الفقهاء فى جواز الوصية بالمنافع ، إلا أنه توسع فى ذلك وذكر أحكاماً أخرى فى الوصية بالمنافع ، فقد أفرد فصلاً خاصاً عن أحكام الوصية بالمنافع من المادة (٥٠ : ٦٣) .

(٣) ومن الشروط أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك وقت الوصية : أى أن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود شرعاً أو بالإرث ؛ لأن الوصية تمليك ، وما لا يقبل التمليك لا يصح الإيصاء به .

وسواء كان الموصى به موجوداً وقت كلام الوصية أم لم يكن موجوداً فالوصية جائزة ، فتصح الوصية بغلة بستانه ، أو بغلة أرضه ، أو بغلة أشجاره، أو بغلة عبده ، أو بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، وتصح الوصية بما فى بطن جاريته أو دابته ، أو بالصوف على ظهر غنمه ، وباللبن فى ضرعها، وإن لم يكن شيء من ذلك موجوداً للحال[٢] .

لكن لو أوصى بما ستلد أغنامه لا يجوز عند الحنفية ؛ لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود فى الشريعة ، فالذى يجيزه الحنفية إذاً هو المعدوم المحتمل وجوده ، ولا يشترط وجود الموصى به فى الحال[٣] .

وقال المالكية :«وهى تصح بكل ما يصح تملكه وإن كان مجهولاً حتى الثمر

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية لقانون الوصية : ص ٩٣ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٥٤) .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٦) .

الموجود فى رؤوس الشجر أو قبل وجودها كغلة هذا العام ، وبالدين ولو على غائب أو معدم ، وبالحمل الظاهر فى جاريته أو ناقته ، بل وإن لم يظهر كقوله: ما تلده أمتى أو ناقتى فى هذه السنة أو إلى عشر سنين فهو لفلان وتصح بآبق وبعير شارد »[1] .

وقال الشافعية والحنابلة بقول المالكية :

قال الشافعية : « وتصح الوصية بالمجهول كالحمل الموجود فى البطن منفرداً عن أمه أو معها ، وبعبد من عبيده ، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق .... ، وتصح بثمرة أو حمل سيحدثان فى الأصح ؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة ، فصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا الوصية ، وتصح بالمبهم كأحد عبديه ؛ لأن الوصية تحتمل الجهالة ، فلا يؤثر فيها الإبهام »[2] .

وقال الحنابلة : « لا تصح الوصية بمدبره ، ولا بأم ولده ؛ لأنهما يعتقان بالموت ، فلا يمكن دخولهما فى ملك الموصى ، وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، وللموصى له السعى فى تحصيله كآبق وشارد وطير فى هواء وحمل فى بطن ، ولبن فى ضرع وسمك فى لجة ، وتصح الوصية أيضاً بمعدوم كالذى تحمل أمته ، أو تحمل شجرته أبداً ، أو مدة معينة كسنة وسنتين، فإن حصل شىء فله ؛ لأن الوصية يتسامح فيها ويصح تعليقها على الخطر والغرر [3].

---

(١) انظر البهجة فى شرح التحفة : (٢ / ٣١٢) .
(٢) مغنى المحتاج : (٣ / ٤٤) .
(٣) انظر الروض الندى فى فقه أحمد : ص ٣١٢ ،منار السبيل:(٢ / ٤٣ - ٤٤)، ==

(٤) أن يكون الموصى به ملكاً للموصى عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات ؛ لأن الوصية بمعين إيجاب للملك فى المعين ، فلابد من أن يكون مملوكاً له وقت الوصية ، فلا تصح الوصية بمال الغير ولو ملكه بعد بأن قال : أوصيت بمال زيد ، فلا تصح الوصية ، ولو ملك الموصى مال زيد بعد الوصية لفساد الصيغة بإضافة المال إلى غيره[1] .

أما إذا كان غير معين فالشرط وجوده فى ملك الموصى عند الوفاة لا عند إنشاء الوصية فلو مات وليس فى ملكه بطلت الوصية ، سواء كان شائعاً فى بعض المال كالوصية بثلث غنمه أم شائعاً فى كل المال ، كالوصية بثلث أمواله، بل الشرط وجود الموصى به فى ملك الموصى عند الموت ، ويستمر وجوده حتى القبول ؛ لأنه وقت تنفيذ الوصية .

فلو أوصى شخص بثلث غنمه ولا غنم له حين الوصية ويعتبر الموجود منها عند الوفاة ، ولو أوصى بثلث ماله ، ولا مال له صحت الوصية ويكون الموصى به ثلث ماله عند الموت بعد أداء الحقوق الأخرى إن وجد له مال ، فإن لم يوجد له مال بطلت الوصية[2] .

وذهب قانون الوصية فى الفقرة الثالثة من المادة العاشرة حيث نص على

= كشاف القناع : (٤ / ٣٦٧ - ٣٦٨) ، الشرح الكبير على متن المقنع : (٦ / ٤٢١) .

(١) انظر كشاف القناع : (٤ / ٣٦٧ - ٣٦٨) .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٨) ، الوصية لمحمد زكريا البرديسى : ص ٦٢ .

الآتى : يشترط فى الموصى به : « أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

ولا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية أو عند الوفاة فى الوصية بالمنافع ، فلو أوصى بغلة بستانه إلى فلان ولا غلة له عند إنشاء الوصية ، وعند الوفاة ، فالوصية صحيحة ،ويكون للموصى له ما يجد من غلة البستان مادام حياً »[1] .

(١) انظر الوصية لمحمد زكريا البرديسى : ص ٦٢ - ٦٣ .

الوصية بالمشاع

اتفق الفقهاء على أنه تجوز الوصية بالمشاع وبالمقسوم المعين ؛ لأن الإيصاء تمليك جزء من ماله ، فجاز فى المشاع والمقسوم كالبيع ، والمعين : إما عين بذاتها، أو نوع من المال(١) .

وجاء فى كتاب المجموع : « إن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به ، وسواء كان المال عيناً أم ديناً حاضراً أو غائباً ، معلوماً أو مجهولاً ، مشاعاً أو محوزاً »(٢) .

« فإذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة كالسدس أو الربع أو الثلث مثلاً استحق الموصى له سهمه فى كل تركة ، سواء أكانت كلها حاضرة أم مالاً حاضراً أم ديوناً ... إلخ ،ويعتبر شريكاً للورثة فيها بنسبة ما أوصى له به »(٣) .

« وإن كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من مال التركة كالوصية بربع أطيانه مثلاً ، فإذا كان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه ، وإن كان غائباً أخذ سهمه مما يحضر منه ، وكذا الحكم إذا كان له ديناً للموصى فى ذمة غيره ، كأن يكون قد اقترض شخص منه مائة أردب من البر ومات المقترض قبل رد مثلها ولم يكن فى تركة الموصى شىء من نوع البر ، وكان قد أوصى لغيره بخمسين أردباً من البر مثلاً » .

---

(١) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٤٥٢) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٨ / ٤٧) .

(٢) المجموع : (١٦ / ٣٨١) ، وانظر منتهى الإرادات لابن النجار : (٢ / ٤٣) ، كشاف القناع : (٤ / ٣٥٢ - ٣٥٤) .

(٣) انظر التركة والحقوق المتعلقة بها ، المواريث والوصية للأستاذ / أحمد إبراهيم: ص ٩٢٠، كتاب الوصية للأستاذ أحمد إبراهيم : ص ١٥٨ - ١٥٩ .

« وإن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه فى الحاضر منه ، وكلما حضر شىء من الغائب أو الدين أخذ سهمه منه »[١] .

« لكنه فى جميع هذه الصور لا يستحق شيئاً مما ذكر إلا إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا أخذ بقدر الثلث فقط ، وكلما حضر منها شىء أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر حتى يستوفى سهمه»[٢] .

وإذا كان الموصى به جزءاً شائعاً فى مال الموصى أو تركته كثلث ذلك أو ربعه لم تتقيد الوصية بما يملك الموصى عند وصيته من مال وإنما ينصرف ذلك إلى كل ما يملكه الموصى عند وفاته من أموال سواء أحدثت هذه الأموال بعد الوصية أم كانت موجودة عندها ، وسواء أزادت عما كانت عليه الوصية أم نقصت ، وسواء أكانت حاضرة عند الوفاة أم غائبة ، وسواء أكانت ديوناً فى ذمم الناس أم عقارات وعروضاً ، ولا فرق بين مال يعلمه الموصى عند الوصية ومال لا يعلمه ؛ لأن وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية ، وهو كذلك وقت التمليك ، فتكون العبرة بما يوجد عنده من أموال .

وفى كل ما سبق إذا هلكت التركة جميعها أو استحقت بطلت الوصية لفوات محلها[٣] .

---

(١) انظر كتاب الوصية للأستاذ / أحمد إبراهيم ص ١٥٨ - ١٥٩ ، المقنع لابن قدامة : ص ١٧٣ .

(٢) السابق ، والمقنع لابن قدامة : ص ١٧٤ ، وانظر المذكرة التفسيرية لقانون الوصية : ص ١١٠ - ١١١ .

(٣) ذهب الحنفية والمالكية والشافعية فى أحد الوجهين أن العبرة بما يملكه الموصى يوم الموت دون ما يحدث من بعد الموت ، وذهب الحنابلة إلى أن الوصية تتعلق بما = =

« وإذا ما تمت الوصية فـي هذه الأنواع السابقة بالقبـول ، أصبح الموصى له شريكاً للورثة فى التركة ، فإن هلك شيء من التركة قبل قسمتها بلا تعد هلك على الجميع كل بـحسابه ؛ لثبوت ملكهم جميعـاً فى هذه الحال عند الموت إذا قبل الموصى له ، لا خلاف فى ذلك »[1] .

فالموصى له يصبـح شريكاً للورثة بما وصى له به ، فإذا أوصـى بمثل نصيب الوارث المعـين ، يصبح الموصى لـه له مثل نصـيب هذا الوارث مضمـوماً إلى المسألة .

فإذا وصى له بمثل نصـيب ابنه وله ابنان ، فله الثلث ، وإن كـانوا ثلاثة فله الربع ، وإن كان معهم بنت فله التسعان[2] .

فإذا وصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولـم يسمه (أى لم يعينه) ، فإن كان الورثة مـتساوين فـى الميراث كالـبنين ، فلـه مثل نصـيب أحدهم مـزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، فإن كانوا اثنين فله الثلث ، وإن كانوا ثلاثة فله الربع .

وإن كانوا متفاضلين فله مثل نصيب أقلـهم ميراثاً يزاد على فريضتهم ، فلو

= يعلم وبما لا يعلم ، انظر تحفة الفقهاء : (٣ / ٢٠٩) القوانين الفقهية : ص ٣٤٩، مغنى المحـتاج : (٣ / ٤٧) ، المقنع : ص ١٧٣ ، أحكـام الوصية بحوث مـقارنة للشيخ على الخفيف : ص ٤١٠ - ٤١١ ، اللباب شرح الكتاب : (٤ / ١٨٥) ، الهداية : (١٠ / ٤٤٩) .

(١) انظر أحكام الوصية بحوث مقارنة للشيخ على الخفيف : ص ٤١١ ، اللباب : (٤ / ١٨٢) ، لسان الحكام لابن الشحنة : ص ٤١٧ .

(٢) انظر المغنـى : (٦ / ٤٥٢) ، المقنع : ص ١٧٥ ، القوانين الفـقهية : ص ٣٤٩ ، اللباب شرح الكتاب : (٤ / ١٧٥) .

كانوا ابناً وأربع زوجات ، صحت من اثنين وثلاثين لكل زوجة سهم ، وللموصى له سهم يزاد عليها فتصير من ثلاثة وثلاثين سهماً ، وهذا عند الجمهور غير المالكية(١) .

والسبب في إعطائه في هذه الحالة مثل نصيب أقلهم ميراثاً ، هو أن الوصية تمليك ، والتمليك لا يقوم على الشك ، واليقين الذى لا شك فيه هنا هو أقل الأنصبة ، وما يزيد عليه هو الذى فيه الشك فلا يعمل به(٢) .

وإذا أوصى بشىء معين فتلفت بطلت الوصية ، كمن أوصى بسيارته لفلان فتلفت بطلت الوصية(٣) .

ومن أوصى بشىء معين لإنسان ثم أوصى به لآخر قسم بينهما ، وقيل : يكون للأول منهما ، وقيل : للثانى ؛ لأنه نسخ ، وإذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ولم تجز الورثة فالثلث بينهما(٤) .

وإذا أوصى بشىء ولم يجعل له غاية كقوله : أعطوا للمساكين كذا فى كل شهر أخرج ذلك من الثلث كما قال المالكية ،وقيل :يعطيه الورثة ما شاءوا(٥) .

وهذا يدل على أن وصية الموصى بجزء من ماله مشاعاً صحيح إذا قبله

---

(١) انظر المغنى : (٦ / ٤٥٢) ، المهذب : (١ / ٤٥٧) ، الفقه الإسلامي وأدلته : (٨ / ١٠٥) .

(٢) انظر فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى : ص ٢٠٥، المهذب: (١ / ٤٥٧) .

(٣) انظر المقنع : ص ١٧٤ .

(٤) انظر القوانين الفقهية : ص ٣٤٩ ، اللباب : (٤ / ١٧٣) ، الهداية وفتح القدير : (١٠ / ٤٤٠) .

(٥) انظر المغنى : (٦ / ٤٤٨) ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٩ ، المهذب : (١ / ٤٥٧)، اللباب : (١ / ١٧٧) ، الهداية : (١٠ / ٤٤٥) .

الموصى له بعد وفاة الموصى ، ويصبح الموصى له شريكاً مع الورثة فى تركة الميت بالجزء الموصى له به شركة على الشيوع ، فإذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة كالربع أو الثلث ، ففى هذه الحال يكون الموصى له شريكاً للورثة فى جميع المال حاضره وغائبه ، دينه وعينه ، فيستوفى سهمه من المال الحاضر ، أى ربعه مثلا ، وكلما حضر شىء من المال الغائب استوفى سهمه منه .

وإذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من المال كربع منازله فى الجهة الفلانية ، أو ربع أمواله التجارية ، أو ديونه التى له على التجار فإن كان النوع الموصى بسهم فيه حاضراً ، أخذ الموصى له سهمه منه إن خرج من الثلث ، فإن لم يخرج أخذ منه بمقدار الثلث ، وكان الباقى للورثة ، وكلما حضر شىء من الدين والمال الغائب أخذ الموصى له من ذلك النوع ما يساوى ثلث الذى حضر إلى أن يستوفى سهمه منه[1] .

وقد عرض القانون للحالات السابقة التى عرضناها فى الموارد الآتية :

فقد عرض فى المادة (٤٠) للوصية بمثل نصيب الوارث المعين ، حيث قالت : « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائد على الفريضة »[2] .

تقسم التركة بين الورثة ثم يزاد على أصل المسألة نصيب الموصى له ، فلو ترك ثلاثة أبناء فللموصى له ربع التركة .

---

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته : (٨ / ١١٠ - ١١١) ، الروض المربع : ص ٣٥٠ .

(٢) انظر اللباب شرح الكتاب : (٤ / ١٧٥) ، المغنى : (٦ / ٤٥٢) ، المقنع : ص١٧٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٩ ، المذكرة التفسيرية : ص ١٠٩ .

وعرضت المادة (٤١) للوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، حيث قالت : « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى ، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين».

فالحالة الأولى كالمسألة السابقة (أعنى حالة التساوى) فيزاد سهم على أصل المسألة .

وأما فى حالة التفاضل فيزاد على أصل الفريضة مثل نصيب أقلهم سهاماً للموصى له ، فلو ترك الموصى بنتين وأختا شقيقة وزوجة فيكون أصل المسألة من (٢٤) ، للبنتين الثلثان ١٦ سهما ، وللزوجة الثمن ٣ أسهم ، وللأخت الباقى ٥ أسهم ، ثم يزاد على أصل الفريضة مثل نصيب أقلهم سهاماً للموصى له ، وهو ٣ أسهم نصيب الزوجة فتصير السهام ٢٧ ، وقد عرضنا لهذا من قبل[1] .

وهى مأخوذة من مذهب الحنابلة .

وعرضت المادة (٤٢) للوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولآخر بسهم شائع ، فنص على الآتى : « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصى بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين ... » .

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة : (٦ / ٤٤٨) ، المهذب : (٤ / ١٧٣) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (١٠٧) ، المذكرة التفسيرية : ص ١٠٩ .

وهذه المسألة مأخوذة من مذهب الحنابلة كما أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية[١] .

ففى هذه المادة اجتمعت وصيتان ، وصية بسهم شائع فى التركة كالثلث والربع ، والوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فتقدر حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها مؤقتاً ، ثم ننظر فى مجموع الوصيتين فإن لم يجاوز ثلث التركة نفذ من غير إجازة الورثة ، وإلا احتاج إلى هذه الإجازة فيما زاد على الثلث ، فإن لم يجز الورثة قسم الثلث بين الوصيتين بنسبة كل منهما إلى الأخرى[٢] .

فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربع التركة لشخص آخر ، فإذا ترك الموصى ولدين ، كانت الفريضة من اثنين يزاد عليها سهم الموصى له فيكون له الثلث ، والوصيتان ثلث وربع أكثر من ثلث التركة ، فإذا أجيزت من الورثة نفذت ، إذا كانت المسألة من (١٢) أخذ صاحب الثلث أربعة أسهم ، وصاحب الربع ثلاثة أسهم ، وأخذ الولدان الباقى بينهما بالتساوى .

وإذا لم يجز الورثة ما زاد على الثلث ، قسم الثلث بين الموصى لهما بنسبة حصة كل واحد منهما إلى الآخر[٣] .

وقالت المادة السابقة : « وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة» .

---

(١) انظر المغنى : (٦ / ٤٥٤ - ٤٥٥) ، الكافى فى فقه أحمد : (٢ / ٣٣٣) .

(٢) انظر فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجى : ص ٢٠٩ ، المذكرة التفسيرية : ص ١٠٩ .

(٣) انظر المذكرة التفسيرية : ص ١٠٨ - ١٠٩ .

جاء فى المذكرة التفسيرية : « وإذا كان بدل الوصية بالسهم الشائع وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة قدرت العين بالنصيب كذلك وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق فى المادة ٤٢ ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[١] .

وقد عرضت المواد (٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥) ، للوصية فى حالة إذا كان فى التركة دين أو مال غائب .

فى المادة (٤٣) : « إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين ، وكان فى التركة دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقى للورثة وكلما حضر شىء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفى حقه » .

والأحكام فى هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية إلا فى حالة الموصى به المعين فإن الحكم فيه مأخوذ من مذهب المالكية[٢] .

قال أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : وفى هذا مراعاة العدالة بين الورثة والموصى له[٣] .

وفى المادة (٤٤) عرضت للوصية بسهم شائع فى التركة فقالت : « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شىء استحق فيه » .

---

(١) انظر اللباب شرح الكتاب : (٤ / ١٧٤) ، أسهل المدارك : (٣ / ٢٨٣) ، الكافى فى فقه أحمد : (٢ / ٣٣٤) ، المذكرة التفسيرية : ص ١٠٩ .

(٢) انظر المذكرة التفسيرية : ص ١١٠ ، بداية المبتدئ والهداية للمرغينانى مع فتح القدير : (١٠ / ٤٤٨) .

(٣) انظر فى الميراث والوصية : ص ٩٣ .

جاء فى المذكرة التفسيرية : « وإن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها سواء أكانت كلها حاضرة أم غائبة ، أم بعضها حاضر ، أم بعضها غائب فهو شريك الورثة بسهمه فى الحاضر والغائب أخذ من مذهب الحنفية »[1] .

وعرضت المادة (٤٥) للوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقى للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من هذا النوع الموصى بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة ، فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه فى النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفى حقه » .

فإذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من المال كالوصية بربع أطيانه ، وكان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه ، وإن كان غائباً أو ديناً أخذ سهمه مما يحضر منه ، وإن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه فى الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ، ولكنه فى جميع هذه الصور لا يستحق شيئاً مما ذكر إلا إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا أخذ بقدر الثلث فقط ، وكلما حضر شيء منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة حتى يستوفى سهمه منه ، أخذاً من مذهب الحنابلة »[2] .

---

(١) انظر الهداية وفتح القدير : (١٠ / ٤٤٨) ، اللباب : (٤ / ١٨٢) .

(٢) انظر المقنع : ص ١٧٤ ،والهداية:(١٠ / ٤٤٨) ،والمذكرة التفسيرية : ص١١١ .

« وإذا كان الباقى من النوع قد قسم على الورثة وكان فى رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسيناً أو زيادة فإنه لا يرد منه شىء ، ويستوفى الموصى له باقى وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها أخذاً من مذهب الحنفية والقاعدة التى ذكروها ، وهى « الضرر يزال »[1] .

وعرضت المادة (٤٧) للوصية بعين من التركة وهلاكها فقالت : « إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شىء للموصى له إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث » .

وجاء فى المذكرة التفسيرية : « وهذا مذهب الحنفية ويوافقهم فيه غيرهم ؛ لأن الوصية تبطل بهلاك الموصى له عيناً أو نوعاً ، وإذا هلك أو استحق بعض الموصى به عيناً أو نوعاً بطلت الوصية فيه ، واستحق الموصى له الباقى إن خرج من ثلث التركة ؛ لأنه موصى به ، وإن لم يخرج من الثلث استحق بقدره »[2] .

وفى المادة (٤٨) « إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى معين فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقى جميعه إن كان يخرج من الثلث ، أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث » وهو

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية : ص ١١١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٨٥ .

(٢) انظر الهداية وفتح القدير : (١٠ / ٤٤٦) ، المقنع : ص ١٧٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٩ ، المذكرة التفسيرية : ص ١١٤ .

مأخوذ من مذهب الحنفية ووافقهم الشافعية[١] .

وفى المادة (٤٩) « إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث » ، وهى مأخوذة من مذهب زفر وهو المفتى به عند الحنفية[٢] ، ومما سبق يتبين جواز الوصية بالمشاع ، وبالمقسوم المعين ويصبح الموصى له شريكاً للورثة فيما وصى له به .

---

(١) انظر الهداية وفتح القدير : (١٠ / ٤٤٦) ، المهذب : (١ / ٤٥٥) ، المذكرة التفسيرية ص ١٤٤ ، الروض المربع : ص ٣٥٠ .

(٢) انظر الهداية : (١٠ / ٤٤٦) ، ومعها فتح القدير اللباب شرح الكتاب : (٤ / ١٨١ - ٢٨٢) ، والمذكرة التفسيرية : ص ١١٤ .

* زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى فقيه كبير من أصحاب الإمام أبى حنيفة أصله من أصبهان أقام بالبصرة وولى قضاءها ولد ١١٠ هـ وتوفى ١٥٨ هـ فى البصرة ، الأعلام للزركلى : (٣ / ٤٥) .

(الخاتمة)

١ - تتميز الشريعة الإسلامية بأنها من عند الله ، وكونها من عند الله جعلها تتميز بالثبات والمرونة والشمول والعموم ، وأما القانون فحيث إنه من صنع البشر فإنه يحتاج إلى تعديل وتبديل من آن لآخر حتى يتناسب مع الزمان والمكان والأشخاص .

٢ - سبق الفقه الإسلامى لكل القوانين الوضعية ؛ لأنه ما من نظرية توصل إليها فقهاء القانون إلا وقد تكلم عنها الفقهاء المسلمون ، وقد أخذ القانون الكثير من النظريات من الفقه الإسلامى وقد أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية للقانون المدنى كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

٣ - الملك المشاع : هو ملكية أكثر من شخص لشىء واحد بغير فرز وتجنيب نصيب كل منهم فى هذا الشىء ، والمالك فى الشيوع يملك حصة تقدر بنسبة من هذا الملك ، وهذه النسبة لا يقابلها جزء محدد معين من الشىء محل الحق، والمالك فى المشاع يشترك مع باقى الملاك ، كل بقدر حصته . فى كل ذرة من ذرات الشىء المملوك لهم على المشاع ، فلا ينفرد أى منهم بقدر محدد من الشىء .

٤ - الملك المشاع فى أغلب صوره حال مؤقتة ، تنتهى إما بتحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة نهائية وتسمى بقسمة الأعيان أو بتحول حق كل شريك إلى ملكية مؤقتة وهى قسمة المنافع (قسمة المهايأة) ، أو بخروج الملك المشاع من ذمة الشركاء إلى الغير باتفاق الشركاء تخلصاً من الشيوع ، أو بأى سبب من الأسباب التى تنهى تعدد الملاك لشىء واحد .

٥ - الإسلام حين أقر الملكية واعترف بحق المالك فى الانتفاع بملكه ، وحق التصرف فيه طوال حياته وبعد مماته فإنه قد تزول الملكية جبراً عن المالك وذلك فى حالة الضرورة ، كما إذا دعت لذلك مصلحة عامة أو كان على المالك دين لآخر وامتنع عن آدائه ، أو إذا احتكر شخص أو فئة من الناس الطعام وامتنعوا عن بيعه ، ففى هذه الحالات يجوز نزع الملكية إذا أبى المالك بيعها .

٦ - يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن الشريك فى الملك المشاع له أن يتصرف فى ملكه كتصرف المالك ملكية مفرزة بشرط أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، وله أن يستعمل ماله ويستغله دون أن يلحق ضرراً بشركائه ؛ لأن من مقاصد الشريعة رفع الضرر .

٧ - ينتفع الشركاء بالأعيان المشتركة بنسبة أنصبائهم فيها ، فيجوز لكل شريك أن يسكن الدار المشتركة بقدر حصته ، ويزرع من الأرض بهذا القدر ، ويجوز له أن ينتفع بنفسه ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، بشرط ألا يكون فى شىء من ذلك ضرر لبقية الشركاء .

٨ - إن عمارة الملك وإصلاح ما يطرأ عليه من الوهن والاختلال على جميع الشركاء بنسبة أنصبائهم ، فكل شريك له أن يدفع للأجير الذى يقوم بالعمارة والإصلاح ما يخصه من المصاريف أو يدفعه لمن يلتزم من الشركاء بالعمارة .

٩ - إن الإسلام لا يمنع فى إدارة الملك أى تشريع تنظيمى أو تنظيم إدارى يقصد به حماية مصالح الملك ، ما دام هذا التشريع أو التنظيم لا يتعارض مع نص من كتاب أو سنة ، فقد تكون الإدارة لجميع الشركاء ، وقد تكون لأحدهم ويعتبر نائباً عنهم ، وقد يعينون مديراً لإدارة هذا الملك المشاع .

١٠ - الإقرار بالمشاع صحيح ، فإذا أقر أحد لآخر بحصة مشاعة من ملك العقار الذى فى يده كالنصف أو الثلث وصدقه المقر ثم توفى المقر قبل الإفراز والتسليم ، فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الإقرار .

١١ - مصادر الملكية الشائعة هى نفس أسباب كسب الملكية ، وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى مصادر الملكية الشائعة فيما عدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) فعدها القانون سبباً من أسباب الملك ، ولكن الإسلام لا يقرالتقادم المكسب على أنه سبب للملكية ،وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذى مضى عليه زمن معين .

١٢ - إن بيع الشريك حصته الشائعة فى الملك المشاع جائز فيما يقسم ومالا يقسم ، من الشريك أو من غير الشريك ، وقد اتفق القانون مع الفقه فى ذلك، ويصبح المشترى شريكاً لباقى الشركاء فى الملك المشاع ويحل محل البائع.

١٣ - اتفق القانون مع قول جمهور الفقهاء على إجازة إجارة المشاع للشريك ولغيره ، وانتهى البحث إلى أنه لا مانع من جواز إجارة الشريك لحصته المشاعة على أن يحل المستأجر محل المؤجر فى الحصة الشائعة ومنفعتها، والمشاع مقدور الانتفاع عن طريق المهايأة .

١٤ - اتفق القانون مع قول جمهور الفقهاء على جواز رهن الملك المشاع ، ولكن الحنفية لا يجيزون رهن المشاع ؛ لأنهم يعتقدون أن القبض فى الرهن المشاع غير متصور ، وانتهى البحث إلى إمكانية القبض ، وإلى جواز رهن الشريك ملكه المشاع .

١٥ - اتفق القانون مع قول جمهور الفقهاء على جواز هبة المشاع فيما

يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها واختلف مع رأى الحنفية الذين لا تصح عندهم هبة المشاع إذا كانت تحتمل القسمة ، وتجوز إذا كانت لا تحتمل القسمة، وانتهى البحث إلى أنه لا مانع من صحة الهبة فى المشاع وحلول الموهوب له محل الواهب فى ملك الحصة الشائعة ، بدليل أن فقهاء الحنفية أنفسهم قد تسامحوا فيما لا يحتمل القسمة بالنسبة للهبة .

١٦ - انتهى البحث إلى أن إيداع الشريك حصته فى الملك المشاع جائز فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

١٧ - جواز إعارة الشريك حصته في الملك المشاع الذى يحتمل القسمة والذى لا يحتملها من الشريك ومن غيره ، وهذا فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

١٨ - انتهى البحث إلى أنه إذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فإنه يعتق عليه كله وهو قول جمهور الفقهاء ، وإذا كان العبد بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه ،فانتهى البحث إلى أنه إذا كان المعتق موسراً قوم عليه جزء شريكه ويعتق العبد كله ، وإن كان معسراً استسعى العبد فى عتق نفسه .

١٩ - انتهى البحث إلى جواز وقف الحصة المشاعة والمقسومة .

٢٠ - اتفاق الفقهاء على جواز الوصية بالمشاع والمقسوم المعين ؛ لأن الإيصاء تمليك جزء من المال فجاز فى المشاع والمقسوم كالبيع .

٢١ - انتهى البحث إلى أن هناك تقارباً بين القانون والفقه الإسلامى ، وهذا ما جعلنا نقترح الآتى .

٢٢ - التركيز على الدراسات المقارنة التى تظهر عظمة الفقه الإسلامى وإلى سبقه لكل النظريات القانونية الحديثة .

٢٣ - القيام بدراسة القوانين والمواد التى تخالف الشريعة الإسلامية وبيان فسادها ، وتقديم الحلول والبدائل الإسلامية لها ، لكى يأتى اليوم وتكون شريعة الله هى الحاكمة .

٢٤ - القيام بدراسة الفقه الإسلامى دارسة جديدة تقوم على إعادة صياغته وتنظيمه وترتيبه لتسهيل مهمة رجال القضاء فى الاستعانة بالفقه الإسلامى ، ولتسهيل ذلك على طلبة العلم ، مع الاستعانة بالأساليب الحديث فى البحث الفقهى .

٢٥ - العمل على دراسة بعض الأحكام الجديدة التى نظمتها التشريعات للأوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة ، كشركات المساهمة وعقود التأمين على أن نخرجها على قواعد فقهنا تخريجاً يقيمها على أصوله ويدمجها فيه ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم تجاه الأوضاع والحوادث الجديدة التى كانوا يواجهونها .

ملخص الكتاب

هذه الكتاب يتكون من مقدمة ، وقسمين ، وخاتمة :

فى المقدمة : تكلمت عن أهمية الموضوع والدوافع إليه ، والمنهج المتبع فيه، والدراسات السابقة ، ومحتويات الرسالة .

القسم الأول :

تناولت فيه « الأحكام العامة للملك المشاع » . ويتكون من خمسة فصول .

الفصل الأول :

تحدثت فيه عن تعريف المشاع فى اللغة ، وفى الفقه ، وفى القانون ، ثم تكلمت عن مادة الشيوع فى القرآن الكريم ، وفى السنة النبوية المطهرة .

الفصل الثانى :

تحدثت فيه عن أقسام المال والملك ، فعرفت المال وأنواعه ، ثم عرفت الملك وعلاقته بالمال ، وبينت أن الملك ينقسم إلى ملك تام ، وملك ناقص ، وملك مفرز ، وملك مشاع ، وملك خاص وملك عام .

الفصل الثالث :

تحدثت فيه عن سلطة الشريك فى الملك المشاع ،وذكرت فيه عدة مباحث منها : تصرف الشريك فى الملك المشاع ، والانتفاع بهذا الملك ، ثم كيفية تعميره والنفقة عليه ، ثم بينت كيفية زكاته ، وإدارته ، والإقرار به .

الفصل الرابع :

تحدثت فيه عن مصادر الملك المشاع ، وبينت الخلاف بين الفقه والقانون فى

مصادره ، وكانت مصادره على النحو التالى :

الخلفيـة (الميراث والوصية) ، والعـقود الناقلة لـلملك (كالبيـع والوصية والهبة) ، والاستيلاء على الأموال المبـاحة (كالصيد والكلأ والآجام ، وإحياء الموات والمعادن والـكنوز) ، ونتيجة مـا يحصل عليه المجـاهدون فى الحروب الإسلامية ، ويتمثل ذلك فى السلب والغنيمة .

الفصل الخامس :

تحدثت فيه عن قسـمة الملك المشاع ، عرفت فيه القسمـة ، ومشروعيتها ، وأركانها ، وأسبابها ، ثم تحدثت فيه عن أنواع القسمة ، وبينت أنها تنقسم إلى نوعين : قسمة الـرقاب والأعيان ، وقسمة المنافع (المهـايأة) ، ثم تحدثت عن نقض القسمة وأسباب النقض .

القسم الثانى :

وهو : « العقود التى يرد فيها الملك المشاع وتصرفات الشريك فيها » .

وينقسم هذا القسم إلى تسعة فصول على النحو التالى :

الفصل الأول :

تحدثـت فيه عن الـبيع ، فعـرفته فى الـلغة والـفقه والقـانون ، ثم بيـنت مشروعيته، وأركانه ، ثم تحدثت عن بيع المشاع .

الفصل الثانى :

تحدثت فيه عـن الإجارة ، فعرفتها ، وبيـنت مشروعيتها ، وأركـانها ، ثم تحدثت عن إجارة المشاع .

الفصل الثالث :

تحدثت عن الرهن فعرفته وبينـت الخلاف بين الفقه والقانون ، وتحدثت عن مشروعيته ، وأركانه ، ثم تحدثت عن رهن المشاع .

الفصل الرابع :

تحدثت فيه عن الهبة فعرفتها وبينت مشروعيتها ، وأركانها ، ثم تحدثت عن هبة المشاع .

الفصل الخامس :

تحدثت فيه عن الوديعة فعرفتها ، وبينت مشروعيتها وأركانها ، ثم تحدثت عن إيداع المشاع .

الفصل السادس :

تحدثت فيه عن العارية ، فعرفتها ، وبينت مشروعيتها وأركانها ثم تحدثت عن إعارة المشاع .

الفصل السابع :

تحدثت فيه عن العتق ، فعرفته ، وبينت مشروعيته وأركانه ، ثم تحدثت عن عتق المشاع .

الفصل الثامن :

تحدثت فيه عن الوقف ، فعرفته ، وبينت مشروعيته وأركانه ، ثم تحدثت عن وقف المشاع .

الفصل التاسع :

تحدثت فيه عن الوصية ، وعرفتها وبينت مشروعيتها وأركانها ، ثم تحدثت عن الوصية بالمشاع .

ثم بعد ذلك ذكرت الخاتمة التى سجلت فيها حصاد البحث ، وأهم النتائج التى انتهى إليها البحث ، والاقتراحات التى يمكن الاستفادة من العمل بمقتضاها.

ثم قمت بعمل مجموعة من الفهارس جاءت على النحو التالى :

١ - فهرس المراجع والمصادر .

٢ - فهرس الآيات القرآنية .

٣ - فهرس الأحاديث النبوية .

٤ - فهرس تفصيلى بالموضوعات التى وردت فى الكتاب .

فهرس المراجع والمصادر

أولا : كتب تفسير القرآن الكريم :

١ - أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفى المتوفى ٣٧٠ هـ الناشر دار الكتاب العربى بيروت - لبنان .

٢ - أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ت ٥٤٣ هـ . ط ، دار الجيل بيروت ١٩٨٧ م .

٣ - تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى دار التراث القاهرة .

٤ - جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـ الطبعة الثالثة هـ مصطفى البابى الحلبى القاهرة .

٥ - الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى دار الكتب العلمية ط . أولى بيروت - لبنان ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

٦ - زاد المسير فى علم التفسير للإمام أبى الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن الجوزى (٥٠٨ هـ - ٥٩٧ هـ) المكتب الإسلامى بيروت الطبعة الرابعة .

٧ - محاسن التأويل لمحمد جمال الدين القاسمى (سنة ١٨٦٦ - ١٩١٤م) دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابى الحلبى الطبعة الأولى - ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .

٨ - مختصر تفسير ابن كثير لمحمد بن على الصابونى ط السابعة دار القرآن الكريم بيروت ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١ م .

٩ - معالم التنـزيل لأبى الحسين بن مسعود الفراء البـغوى المتوفى ٥١٦ هـ الطبعة الثانية ١٣٠٧ هـ - ١٩٥٥ م مصطفى البابى الحلبى وهو بهامش تفسير الخازن المسمى لباب التأويل فى معانى التنزيل .

١٠ - مفاتيح الغيب ، أو التفسير الكبـير للإمام فخر الدين محمد بن عمر ابن الحسين بن الحسن الرازى الشافعي (٥٤٤ هـ - ٦٠٦ هـ) طـ أولى دار الغد العربى القاهرة - وطبعة دار الفكر - بيروت ١٩٩٠ م .

١١ - النسخ فى القـرآن الكريم للدكتور مصطفى زيد طـ . ثالثة دار الوفاء المنصورة القاهرة ١٤٠٨ هـ ١٩٨٧ م .

ثانيا : كتب السنة وشروحها :

١٢ - التعليق المغنى على الدارقطنى لأبى الطيب محمد آبادى عالم الكتب- بيروت ، وهو على هامش سنن الدارقطنى .

١٣ - حاشية السندى على شرح السيوطـى للنسائى لأبى الحسن نور الدين عبد الهادى ت ١١٣٨ هـ مطبوع بهامش سنن النسائى - بيروت ١٩٨٦ م .

١٤ - سبـل السلام شرح بـلوغ المرام مـن جمع أدلـة الأحكام لمحمـد بن إسماعيل اليمنى الصنعانى المتوفى ١١٨٢ هـ تحقيق إبراهيم عصر طـ السابعة دار الحديث القاهرة ١٩٩٢ م وطبعات أخرى .

١٥ - سنن أبى داود لأبـى داود سليمان بن الأشـعث السجسـتانى الأزدى (٢٠٢ هـ - ٢٧٥ هـ) .

ضبط : محمد محيى الدين عبد الحميد دار الفكر القاهرة .

١٦ - سنن التـرمذى لأبى عيـسى محمـد بن عيسـى بن سورة (٢٠٩ - ٢٩٧هـ) تحقـيق الأستاذ أحـمد محمد شـاكر ، ومحمـد فؤاد عبد البـاقى ، وكمال يوسف الحوت . دار الحديث القاهرة .

١٧ - سنن الدارقطنى لشيخ الإسلام الحافظ الإمام على بن عمر الدارقطنى (٣٠٦ - ٣٨٥ هـ) وبذيله التعليق المغنى على الدارقطنى لأبى الطيب محمد آبادى ط ، الرابعة عالم الكتب بيروت ١٩٨٦ م .

١٨ - السنن الكبرى لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى ت ٤٥٨هـ ط ، دار الفكر العربى .

١٩ - سنن ابن ماجه لأبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى توفى سنة ٢٧٥ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبعة دار الكتاب المصرى بيروت لبنان .

٢٠ - سنن النسائى للحافظ أحمد بن شعيب بن على النسائى المتوفى ٣٠٣هـ المكتبة العلمية بيروت لبنان .

٢١ - شرح الحافظ جلال الدين السيوطى المتوفى ٩١١ هـ على هامش سنن النسائى بيروت .

٢٢ - شرح صحيح مسلم للإمام النووى ط أولى دار القلم بيروت لبنان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م .

٢٣ - صحيح البخارى للإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى مع فتح البارى ط ، الثالثة المكتبة السلفية القاهرة ١٤٠٧ هـ .

٢٤ - صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى ت ٢٦١هـ مع شرح مسلم للنووى ط ، أولى دار القلم بيروت لبنان ١٤٠٧هـ ١٩٨٧ م .

٢٥ - فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٧٧٣ هـ - ٨٥٢ هـ) ط ، الثالثة المكتبة السلفية القاهرة .

٢٦ - كتاب المراسيل لأبى داود سليمان بن أشعث السجستانى صاحب السنن (٢٠٠ هـ - ٢٧٥ هـ) تحقيق أحمد حسن جابر رجب هدية مجلة الأزهر رمضان ١٤٠٩ هـ .

٢٧ - مسند الإمام أحمد بن حنبل ط ، الخامسة المكتب الإسلامى بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٢٨ - مصباح الزجاج فى زوائد ابن ماجه للشهاب أحمد بن أبى بكر البوصيرى (٧٦٢ هـ - ٨٤٠ هـ) تحقيق موسى محمد على ، والدكتور عزت على عطية دار الكتب الإسلامية القاهرة .

٢٩ - المنتقى بشرح موطأ مالك للباجى للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعيد الباجى الأندلسى المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ط ، أولى مطبعة السعادة مصر ١٣٣٢ هـ .

٣٠ - منتقى الأخبار لمجد الدين عبد السلام بن تيمية الحرانى (٥٩٠ - ٦٥٣هـ) من نيل الأوطار دار التراث القاهرة .

٣١ - نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين أبى محمد الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ مع حاشيته النفيسة المهمة « بغية الألمعى فى تخريخ الزيلعى » ط . دار الحديث - القاهرة .

٣٢ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشيخ الإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ط ، دار التراث القاهرة .

ثالثاً : كتب أصول الفقه وقواعده وتاريخه :

٣٣ - الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم الأندلسى ط ، ثانية دار الحديث القاهرة ١٩٩٢م - ١٤١٣ هـ .

٣٤ - الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد الآمدى ط . دار الحديث - القاهرة .

٣٥ - الأدلة المختلف فيها عن الأصوليين للدكتور خليفة بابكر الحسن ط الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م مكتبة وهبة القاهرة .

٣٦ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الحافظ محمد بن على الشوكانى ١١٧٣هـ - ١٢٥٥هـ تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل دار الكتبى القاهرة ط ، الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

٣٧ - الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان تأليف الشيخ زين العابدين إبراهيم بن نجيم تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل مؤسسة الحلبى القاهرة سنة ١٩٦٨ م .

٣٨ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعى لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ الطبعة الأخيرة ١٩٥٩ مصطفى البابى الحلبى القاهرة .

٣٩ - أصول الأحكام الشرعية للدكتور يوسف قاسم دار النهضة القاهرة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦ م .

٤٠ - أصول التشريع الإسلامى للشيخ على حسب الله ط السادسة القاهرة ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م .

٤١ - أصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى ط الأولى دار الفكر دمشق ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٤٢ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية دار الحديث تحقيق عصام الدين الصباطى - ط الأولى القاهرة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م .

٤٣ - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى مع مدخل لدراسة الفقه الإسلامى وفلسفته دراسة مقارنة للدكتور محمد يوسف موسى ط أولى دار الكتاب العربى القاهرة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م .

٤٤ - تاريخ التشريع الإسلامى للشيخ محمد الخضرى بك ط ، السابعة دار الفكر ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

٤٥ - تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية لمحمد بن على بن حسين المكى المالكى وهو بهامش كتاب الفروق - عالم الكتب - بيروت .

٤٦ - الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعى ١٥٠ هـ - ٢٠٤ هـ تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر ط . الثانية دار الحديث القاهرة ١٩٧٩ م .

٤٧ - ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ط خامسة مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٠هـ - ١٩٩٠ م .

٤٨ - علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ، دار القلم الكويت ط العاشرة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م .

٤٩ - الفروق لشهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس المعروف بالقرافى المالكى عالم الكتب - بيروت .

٥٠ - القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى ٧٩٥ هـ دار المعرفة - بيروت لبنان .

٥١ - اللمع فى أصول الفقه للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى المتوفى ٤٧٦ هـ الطبعة الثالثة مصطفى البابى الحلبى القاهرة سنة ١٩٥٧ م .

٥٢ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف مطبعة السنة المحمدية القاهرة ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م .

٥٣ - المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء الطبعة التاسعة دار الفكر دمشق سنة ١٩٦٧ م - ١٩٦٨ م .

٥٤ - المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى دار التأليف القاهرة ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦ م .

٥٥ - المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان ط الحادية عشرة مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٠ هـ - ١٩٧٩ م وطبعة دار عمر بن الخطاب بالإسكندرية .

٥٦ - المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد حسان . القاهرة ١٩٨١ م .

٥٧ - المستصفى فى علم الأصول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى ٥٠٥ ط أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

٥٨ - الملكية ونظرية العقد للدكتور محمد فهمى السرجانى ط الأولى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

٥٩ - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبى زهرة دار الفكر العربى القاهرة .

٦٠ - منهج عمر بن الخطاب فى التشريع لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى دار الفكر العربى .

٦١ - الموافقات فى أصول الأحكام للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى الشاطبى المتوفى ٧٩٠ هـ - تعليق الشيخ محمد حسنين مخلوف - دار الفكر القاهرة .

رابعاً : الفقه الحنفى :

٦٢ - الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٤٢٤ هـ تحقيق محمد خليل هراس ط أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٦ هـ- ١٩٨٦ م .

٦٣ - إيثار الإنصاف فى آثار الخلاف لسبط ابن الجوزى ت ٩٥٤ هـ تحقيق ناصر العلى الناصر الخليفى ط دار السلام القاهرة ، ... الأولى ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٧م دار المعرفة بيروت لبنان .

٦٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصرى المتوفى (٩٧٠ هـ) ط ثانية دار الكتاب الإسلامى القاهرة .

٦٥ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ت ٥٨٧ هـ الطبعة الثانية بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٦٦ - بداية المبتدى للمرغينانى ٥٩٣ هـ مع الهداية ط دار الفكر بيروت .

٦٧ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ط ثانية القاهرة .

٦٨ - تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى المتوفى سنة ٥٣٩ هـ ط الثانية دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٩٩٣ م .

٦٩ - تنوير الأبصار للتمرتاشى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ مع حاشيةابن عابدين ط مصطفى البابى الحلبى .

٧٠ - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى المتوفى ١٨٩ هـ مع شرحه النافع الكبير لأبى الحسنات عبد الحى اللكنوى رحمه الله المتوفى سنة ١٣٠٤هـ ط أولى عالم الكتب بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٧١ - جامع الفصولين لابن قاضى سماوة الحنفى الطبعة الأولى ١٣٠٠ هـ المطبعة الأزهرية .

٧٢ - حاشية أبى السعود المصرى على شرح الكنز لمحمد منلامسكين المسماة بفتح الله المعين ب ط .

٧٣ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى المتوفى ٩٤٥ هـ على شرح العناية على الهداية دار الفكر بيروت الطبعة الثانية وهو مع كتاب فتح القدير .

٧٤ - الخراج ليحيى بن آدم المتوفى سنة ٢٠٣ هـ صححه أبو الأشبال الشيخ أحمد محمد شاكر دار المعرفة بيروت لبنان .

٧٥ - الخراج لأبى يوسف يعقوب بن إبراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هـ دار المعرفة بيروت لبنان .

٧٦ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر تعريب المحامى فهمى الحسينى ط أولى دار الجيل بيروت ١٤١١ - هـ ١٩٩١ م .

٧٧ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨هـ وتنوير الأبصار للتمرتاشى ١٠٠٤ هـ مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٧٨ - رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) لمحمد أمين بن عابدين المطبعة الميمنية لمصطفى البابى الحلبى بمصر .

٧٩ - شرح محمد منلامسكين على كنز الدقائق وكنز الدقائق للنسفى ٧١٠ هـ وهما مع حاشية أبى السعود المصرى الحنفى .

٨٠ - شرح مرشد الحيران لمحمد زيد الإبيانى ،ومحمد سلامة السنجلفى ط الواعظ ط أولى القاهرة ١٣٢٥ هـ - ١٩٠٨ م .

٨١ - شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ ط الثانية دار الفكر بيروت وهو مع شرح فتح القدير .

٨٢ - طريقة الخلاف فى الفقه بين الأئمة الأسلاف للشيخ محمد بن عبد الحميد الأسمندى ت ٥٥٢ هـ تحقيق الدكتور محمد زكى عبد البر دار التراث القاهرة .

٨٣ - الفتاوى البزازية بهامش الجزء الخامس من الفتاوى الهندية لابن البزاز الكردى المتوفى الهندية المتوفى سنة ٨٢٧ هـ ، واسمه محمد بن شهاب المعروف بالكردرى .

٨٤ - الفتاوى الخانية لحسن بن منصور الأوزجندى بهامش الجزء الثالث من الفتاوى الهندية المتوفى سنة ٢٩٥ هـ .

٨٥ - الفتاوى الهندية لنظام الدين البرهانبورى ، ومعه لجنة من العلماء بيروت دار إحياء التراث العربى الطبعة الرابعة ١٤٠٦ - هـ ١٩٨٦ م .

٨٦ - فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الثانية .

٨٧ - الكتاب للإمام أبى الحسين أحمد بن محمد القدورى البغدادى الحنفى المتوفى سنة ٤٢٨ هـ ط محمد على صبيح القاهرة الطبعة الرابعة ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م وهو فى متن الكتاب .

٨٨ - كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز الطبعة الثانية بيروت سنة ١٨٩٨ م .

٨٩ - كنز الدقائق للشيخ الحافظ أبى البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ مع حاشية أبى السعود .

٩٠ - اللباب فى شرح الكتاب تأليف الشيخ عبد الغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى الحنفى صححه محمد محيى الدين عبد الحميد ط الرابعة مطبعة محمد على صبيح القاهرة ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م .

٩١ - لسان الحكام فى معرفة الأحكام لأبى الوليد إبراهيم بن أبى اليمن المعروف بابن الشحنة الحنفى ط الثانية مصطفى البابى الحلبى القاهرة ١٩٧٣ م .

٩٢ - المبسوط لشمس الدين السرخسى دار المعرفة بيروت لبنان ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩ م .

٩٣ - مجلة الأحكام العدلية قامت بها لجنة علمية من هيئة كبار علماء الفقه الإسلامى مع كتاب شرح المجلة لسليم بن رستم باز اللبنانى ط ثانية بيروت المطبعة الأدبية ١٨٩٨ م .

٩٤ - مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للفقيه عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندى ، وبهامشه الشرح المسمى بدر المتقى فى شرح الملتقى دار إحياء التراث العربى .

٩٥ - مجمع الضمانات فى مذهب أبى حنيفة ، لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ط أولى المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٨ هـ .

٩٦ - مرآة المجلة وهى شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية ليوسف آصاف مصر ١٨٩٤ هـ .

٩٧ - مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا دار الفرجانى القاهرة ١٤٠٣ هـ-١٩٨٣ م .

٩٨ - مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة ، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

٩٩ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام تأليف الإمام علاء الدين أبى الحسن ابن خليل الطرابلسى الحنفى ط ثانية مصطفى البابى الحلبى القاهرة ١٩٧٣ م .

١٠٠ - ملتقى الأبحر تأليف الفقيه إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبى المتوفى ٩٥ هـ ومعه التعليق الميسر على ملتقى الأبحر تحقيق وهبى سليمان الفاوجى الألبانى ط أولى بيروت ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م .

١٠١ - الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مع شرح فتح القدير ط الثانية دار الفكر بيروت .

خامساً : الفقه المالكى :

١٠٢ - أسهل المدارك شرح المسالك فى فقه مالك لأبى بكر بن حسن الكشناوى ط ثانية دار الفكر بيروت .

١٠٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ط الثانية بيروت ١٩٨٦ م واعتمدت على طبعة أخرى وهى طبعة المكتبة الأزهرية للتراث ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م . تحقيق طه عبد الرؤف سعد .

١٠٤ - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى على الشرح الصغير للدرديرى دار المعرفة بيروت لبنان .

١٠٥ - البهجة فى شرح التحفة ، لأبى الحسن على بن عبد السلام على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام فى علم الوثائق والإبرام للقاضى أبى بكر محمد ابن محمد بن عاصم الأندلسى الغرناطى دار الفكر بيروت .

١٠٦ - التاج والإكليل شرح لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف ابن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ وهو بهامش مواهب الجليل الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

١٠٧ - جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى المكتبة الثقافية بيروت لبنان .

١٠٨ - حاشية الإمام الرهونى محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

١٠٩ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرى لمحمد بن عرفة الدسوقى دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى .

١١٠ - حاشية الشيخ على العدوى على شرح الخرشى على مختصر خليل دار صادر بيروت ، وهذا الكتاب مع شرح الخرشى .

١١١ - حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم وهو شرح على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم وهذا الشرح للإمام أبى عبد الله محمد التاودى بهامش البهجة فى شرح التحفة دار الفكر .

١١٢ - الخرشى على مختصر خليل لمحمد الخرشى المالكى وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى الصعيدى المالكى دار صادر بيروت لبنان .

١١٣ - الرسالة لابن أبى زيد القيروانى مع مسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة ط الأولى مكتبة القاهرة .

١١٤ - شرح الزرقانى على مختصر خليل للشيخ عبد الباقى الزرقانى وبهامشه حاشية الشيخ محمد البنانى دار الفكر بيروت .

١١٥ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبى البركات أحمد بن محمد الدرديرى ط دار المعارف فى الجزء الرابع وبقية الأجزاء اعتمدت على طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية للأزهر .

١١٦ - الشرح الكبير على مختصر سيدى خليل لأبى البركات سيدى أحمد الدرديرى بهامش حاشية الدسوقى طبعة عيسى البابى الحلبى .

١١٧ - الفواكه الدوانى شرح الشيخ أحمد بن غنيمى النفراوى المالكى المتوفى سنة ١١٢٠ هـ على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد القيروانى (٣١٦ - ٣٨٦ هـ) ط ثالثة مصطفى البابى الحلبى ط ١٩٥٥ م .

١١٨ - القوانين الفقهية لأبى القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى توفى ٧٤١ هـ دار الفكر القاهرة .

١١٩ - الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى لأبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٧ هـ .

١٢٠ - كفاية الطالب الربانى شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى لأبى الحسن بن محمد بن خلف المصرى (٨٥٧ هـ - ٩٣٩ هـ) مكتبة محمد على صبيح .

١٢١ - مختصر خليل للشيخ خليل بن إسحاق المالكى دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى .

١٢٢ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم دار الفكر بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م .

١٢٣ - مسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة للإمام أحمد بن محمد الصديق صححه وراجعه أبو الفضل عبد الله الصديق الغمارى الطبعة الأولى مكتبة القاهرة .

١٢٤ - مواهب الجليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٤٥ هـ شرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ت ٨٩٧ هـ الطبعة الثانية دار الفكر ١٩٧٨ م .

سادساً : الشافعى :

١٢٥ - الإجماع لابن المنذر المتوفى ٣١٨ هـ ط ثانية دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

١٢٦ - الأحكام السلطانية فى الولايات الدينية تأليف أبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى الماوردى المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ط ثالثة ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م . مصطفى البابى الحلبى القاهرة .

١٢٧ - أسنى المطالب شرح روض الطالب ، لأبى يحيى زكريا الأنصارى الشافعى . وروض الطالب للعلامة شرف الدين إسماعيل بن المقرى اليمنى المكتبة الإسلامية .

١٢٨ - الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر النيسابورى المتوفى ٣١٨ هـ تحقيق محمد نجيب سراج الدين ط أولى دار الثقافة الدوحة ١٩٨٦ م.

١٢٩ - الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب الشربينى مطبعة محمد على صبيح القاهرة .

١٣٠ - الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعى (١٥٠ هـ - ٢٠٤ هـ) دار المعرفة بيروت لبنان .

١٣١ - تحفة الحبيب حاشية البجيرمى المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب لأبى سليمان البجيرمى دار المعرفة بيروت ١٩٨٧ م .

١٣٢ - التنبيه فى الفقه على مذهب الشافعى تأليف أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى الفيروز آبادى مصطفى البابى الحلبى طبعة سنة١٩٥١م.

١٣٣ - حاشية أبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى القاهرى الشافعى (ت ١٠٨٧ هـ) ط الحلبى ١٩٦٧ م نهاية المحتاج .

١٣٤ - حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربى الرشيدى الشافعى على نهاية المحتاج ط ، الحلبى ١٩٦٧ م نهاية المحتاج .

١٣٥ - حاشيتا الشيخ شهاب الدين القليوبى ، والشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى دار إحياء الكتب العربية .

١٣٦ - حاشية الشيخ عبد الله حجازى بن إبراهيم الشافعى الأزهرى الشهير بالشرقاوى ١١٥٠ هـ ١٢٢٦ هـ على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لشيخ الإسلام أبى يحيى زكريا الأنصارى (٨٢٦ هـ - ٩٢٥ هـ) .

١٣٧ - حاشية العلامة الفاضل الشيخ إبراهيم البيجورى على شرح العلامة ابن القاسم الغزى على متن الشيخ أبى الشجاع فى مذهب الإمام الشافعى مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٤٣ هـ .

١٣٨ - حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء لسيف الدين أبى بكر محمد الشافعى الشاشى القفال ، تحقيق الدكتور يس أحمد إبراهيم داركة ط أولى مكتبة الرسالة الحديثة الأردن .

١٣٩ - روضة الطالبين للإمام النووى ط ثانية بيروت ١٩٨٥ م .

١٤٠ - شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى دار إحياء الكتب العربية .

١٤١ - شرح ابن القاسم الغزى على متن أبى شجاع مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٤٣ هـ وهو مع حاشية البيجورى .

١٤٢ - كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار للإمام تقى الدين أبى بكر بن محمد بن الحسين الحصنى الدمشقى الشافعى من علماء القرن التاسع عشر الهجرى ، وغاية الاختصار للأصفهانى ط ثانية مصطفى البابى الحلبى القاهرة ١٩٣٧ م .

١٤٣ - متن الغاية والتقريب المسمى بمتن أبى شجاع للإمام الفقيه القاضى أبى شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهانى الشافعى المتوفى سنة ٤٨٨هـ مع حاشية البيجورى ، ولها طبعة منفردة فى مكتبة ومطبعة محمد على صبيح القاهرة .

١٤٤ - المجموع شرح المهذب للإمام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووي ، والشيخ على بن عبد الكافى السبكى ، حققه وعلق عليه وأكمل بعض نقصانه الشيخ محمد نجيب المطيعى مكتبة الإرشاد جدة المملكة العربية السعودية.

١٤٥ - مختصر المزنى للمزنى ط دار المعرفة - لبنان .

١٤٦ - مشروع تقنين الشريعة على مذهب الشافعى ، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية (الطبعة التمهيدية) ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

١٤٧ - مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب طبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .

١٤٨ - منهاج الطالبين لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى فى متن مغنى المحتاج ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .

١٤٩ - المهذب فى فقه الإمام الشافعى لأبى إسحاق إبراهيم على الشيرازى دار الفكر - القاهرة .

١٥٠ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى (ت ١٠٠٤ هـ) ط الحلبى ١٩٦٧ م .

سابعاً : الفقه الحنبلى :

١٥١ - الإفصاح عن معانى الصحاح ليحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلى المتوفى سنة ٥٦٠ هـ الرياض .

١٥٢ - الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف قاضى دمشق أبى النجا شرف الدين الحجاوى المقدس ٩٦٨ هـ وتصحيح محمد موسى السبكى بيروت لبنان .

١٥٣ - الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل للشيخ علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى الحنبلى المتوفى ٨٨٥ هـ ، حققه محمد حامد الفقى الطبعة الأولى السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٦ م .

١٥٤ - البرق اللماع فيما فى المغنى من اتفاق وافتراق واجتماع وهو فهرس لتلك المسائل إعداد عبد الله عمر البارودى ط أولى دار الجنان بيروت ١٤٠٦هـ ١٩٨٦ م .

١٥٥ - تصحيح الفروع للمرداوى الحنبلى المتوفى ٨٨٥ هـ ، وهو بهامش كتاب الفروع لابن مفلح ط رابعة عالم الكتب بيروت ١٤٠٥ هـ- ١٩٨٥ م .

١٥٦ - تيسير الفقه الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية تأليف الزميل أحمد موافى الطبعة الأولى دار ابن الجوزى السعودية ١٩٩٣ م .

١٥٧ - حاشية على الروض المربع لعبد الله بن عبد العزيز العنقرى مكتبة الرياض الحديثة .

١٥٨ - الروض المربع للبهوتى ، بشرح زاد المستنقع لأبى النجا الحجاوى مراجعة أحمد محمد شاكر ، وعلى محمد شاكر دار التراث القاهرة .

١٥٩ - الروض الندى شرح كافى المبتدى فى فقه أحمد بن حنبل تأليف أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلى .

١٦٠ - زاد المعاد فى هدى خير العباد لشمس الدين محمد بن أبى بكر بن القيم الجوزية (٦٩١ - ٧٥١ هـ) ط دار الريان القاهرة .

١٦١ - السلسبيل فى معرفة الدليل حاشية على زاد المستنقع للشيخ صالح البليهى مكتبة ابن تيمية .

١٦٢ - الشرح الكبير على متن المقنع فى هامش المغنى ، لابن قدامة دار الكتاب العربى بيروت ص ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

١٦٣ - شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى المولود سنة ١٠٠٠هـ والمتوفى بالقاهرة ١٠٥١ هـ دار الفكر .

١٦٤ - الفروع للعلامة شمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣ هـ ويليه تصحيح الفروع للمرداوى الطبعة الثانية دار مصر للطباعة القاهرة ١٣٨١ هـ ١٩٦٢ م .

١٦٥ - الكافى فى فقه أحمد لأبى محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى ، تحقيق زهير الشاويش الطبعة الثالثة بيروت ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

١٦٦ - كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس البهوتى راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحى ط دار الفكر بيروت لبنان ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م .

١٦٧ - المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين بن مفلح المؤرخ الحنبلى ت ٨٨٤ هـ ط أولى المكتب الإسلامى بيروت ١٩٧٩ م .

١٦٨ - متن أبى القاسم عمر بن الحسين الخرقى مع شرح المغنى له دار الكتاب العربى (طبعة جديدة) بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

١٦٩ - مجلة الأحكام الشرعية دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم سليمان، ود. محمد إبراهيم أحمد على ط أولى المملكة العربية السعودية ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .

١٧٠ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى ط أولى السعودية ١٣٩٨ هـ .

١٧١ - المحرر فى الفقه على مذهب أحمد لمجد الدين أبى البركات (٥٩٠هـ - ٦٥٢ هـ) عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم بن محمد بن على بن تيمية ابن أخ الشيخ فخر الدين ومعه النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر تأليف شمس الدين بن مفلح الحنبلى المقدس - دار الكتاب العربى بيروت .

١٧٢ - المسائل الفقهية من كتاب الراويتين والوجهين للقاضى أبى يعلى

تحقيق الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم ط أولى الرياض السعودية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

١٧٣ - مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية القاهرة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .

١٧٤ - المطلع علي أبواب المقنع لأبى عبد الله شمس الدين محمد بن أبى الفتح البعلى الحنبلى (٦٤٥ هـ - ٧٠٩ هـ) المكتب الإسلامى بيروت ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .

١٧٥ - المغنى لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (المتوفى سنة ٦٢٠ هـ) على مختصر أبى القاسم الخرقى بيروت لبنان ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

١٧٦ - المقنع فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيبانى تأليف موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى الرياض السعودية ١٤٠٠ هـ -١٩٨٠ م .

١٧٧ - منار السبيل فى شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان وحاشية النكت والفوائد على منار السبيل لعصام القلعجى مكتبة المعارف ط ثانية مكتبة المعرف - الرياض ١٩٨٥ م .

١٧٨ - منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ط عالم الكتب بيروت .

١٧٩ - المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد تأليف منصور بن يونس ابن صلاح الدين البهوتى تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن المطلق إحياء التراث الإسلامى قطر .

ثامنا : الفقه الظاهرى :

١٨٠ - المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ تحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر دار التراث - القاهرة .

تاسعا : الفقه الإباضى :

١٨١ - لباب الآثار الواردة على الأولين والمتأخرين الأخيار لمهنا بن خلفان ابن محمد البوسعيدى المطبعة الشرقية - سلطنة عمان ١٩٨٥ م .

عاشراً : الشيعى :

١٨٢ - شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام لنجم الدين جعفر بن الحسن ت ٦٧٦ هـ تحقيق عبد الحسين محمد بن على ط ثانية دار الأضواء بيروت ١٩٨٣ م - ١٤٠٣ هـ .

١٨٣ - فروع الكافى لأبى جعفر محمد بن يعقوب تحقيق العلامة الشيخ محمد جواد الفقيه فهرسه الدكتور يوسف البقاعى ط أولى دار الأضواء بيروت ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

حادى عشر : كتب الموسوعات الفقهية :

١٨٤ - الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ط ثالثة دار الفكر ، دمشق سنة ١٩٨٩ م فى غير مكانه .

١٨٥ - موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى ط القاهرة ١٣٨٧ هـ .

١٨٦ - الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية ط ثانية - الكويت ١٩٨٧ م .

ثانى عشر: دراسات فقهية معاصرة:

١٨٧ - أحكام التركات الميراث والوصية دارسة مقارنة لأستاذنا الدكتور محمد إبراهيم شريف ط أولى القاهرة ١٩٩٠ م .

١٨٨ - أحكام عقد بيع الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، وبعض المعاملات المصرفية للدكتور محمد نجم الدين الكردى ط أولى القاهرة ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م .

١٨٩ - أحكام الوصية ، بحوث مقارنة للشيخ على الخفيف ط معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٢ م .

١٩٠ - أحكام الوصية والوقف فى الفقه الإسلامى والقانون للدكتور محمد فرحات ط ١٩٨٩ م .

١٩١ - البحث الفقهى لأستاذنا الدكتور إسماعيل سالم ط أولى مكتبة الزهراء القاهرة سنة ١٩٩٢ م .

١٩٢ - بحوث فى المعاملات فى فقه الكتاب والسنة لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف دار الثقافة العربية القاهرة ١٩٨٩ م .

١٩٣ - التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث والوصية للشيخ أحمد إبراهيم إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ط القاهرة ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧م.

١٩٤ - الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور عبد العزيز الخياط ط أولى الأردن ١٣٩٠ هـ ١٩٧١ م .

١٩٥ - الشركات فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ط دار النشر للجامعات سنة ١٩٦٢ م .

١٩٦ - ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج ط . أولى دار الثقافة القاهرة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

١٩٧ - عقود المعاوضات فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف سليمان ط دار الثقافة القاهرة ١٩٩١ م .

١٩٨ - فى الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ط مكتبة الشباب القاهرة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

١٩٩ - قسمة الأملاك المشتركة فى الفقه الإسلامى للدكتور أحمد فراج حسين ، فصلة من مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مطبعة جامعة الإسكندرية ، العددان الأول والثانى ١٩٧٧ م .

٢٠٠ - قسمة المال الشائع لمحمد محمود عبد الله رسالة دكتوراة فى كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧٦ م .

٢٠١ - كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم بك المطبعة السلفية القاهرة ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٦ م .

٢٠٢ - كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية ، والقوانين المصرية للشيخ أحمد أبى الفتوح - مطبعة النهضة القاهرة ١٣٤١ هـ - ١٩٢٣ م .

٢٠٣ - كتاب الوصية وبيان أحكامها فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم مكتبة عبد الله وهبة القاهرة ١٣٦٢ هـ - ١٩٤٣ م .

٢٠٤ - كتاب الوقف للشيخ أحمد إبراهيم مكتبة عبد الله وهبة القاهرة ١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م .

٢٠٥ - كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عبد الرحمن عشوب الطبعة الثانية مطبعة الرجاء القاهرة ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٥ م .

٢٠٦ - المال فى الشريعة الإسلامية بين الكسب والإنفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف سليمان مكتب الزهراء القاهرة .

٢٠٧ - محاضـرات فى الميراث والوصـية للدكتور صـلاح سلطان مطـبعة الرسالة طنطا ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

٢٠٨ - محاضرات فى الوقف للشيخ محمد أبى زهرة دار الفكر القاهرة .

٢٠٩ - مختصر كتاب المـعاملات فى الشريعة الإسلامية للـشيخ أحمد أبى الفتوح مطبعة النهضة - القاهرة ١٣٣٥ هـ - ١٩١٦ م .

٢١٠ - مرويـات الحدود فى كتـب السنـة جمع وتـوثيق ودراسة ومـوقف الفقهاء منها ، رسالة ماجستير للباحث بمكتبة كلية دار العلوم سنة ١٩٩٠ م .

٢١١ - الملكـية الفردية فى الـنظام الاقتصـادى الإسلامى لأستاذنا الـدكتور محمد بلتاجى مكتبة الشباب القاهرة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

٢١٢ - الملكية فى الشريـعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الـعربية للشيخ على الخفيف معهد البحوث والدراسات الإسلامية سنة ١٩٦٩ م .

٢١٣ - الملكية وضوابطـها فى الإسلام للدكتور عبد الحميـد البعلى ط أولى مكتبة وهبة القاهرة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٢١٤ - الوصيـة : لمحمد زكريا الـبرديسى ، دار الـنهضة القـاهرة ط أولى ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م .

٢١٥ - الوصية فى الشريعة الإسلاميـة لعيسوى أحمد عيسوى ط أولى دار التأليف القاهرة .

٢١٦ - الوقف لعيسوى أحمد عيسوى ب ط .

ثالث عشر: الدراسات القانونية المعاصرة:

٢١٧ - التأمينات العينية ، الرهن الرسمى حق الاختصاص الرهن الحيازى حقوق الامتياز للدكتور منصور مصطفى منصور المطبعة العالمية القاهرة ١٩٦٣م.

٢١٨ - التعليق على قانون الإثبات للدكتور أحمد أبى الوفا ط ثانية منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨١ م .

٢١٩ - الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة ب ط .

٢٢٠ - الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٣ م .

٢٢١ - شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال ، القسم الأول النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاتة ، المطبعة العالمية القاهرة ١٩٥١ م .

٢٢٢ - شرح قانون الوصية دراسة مقارنة لمسائله ، وبيان مصادره الفقهية للشيخ أبى زهرة ، دار الفكر العربى القاهرة ١٣٩٨ - ١٩٧٨ م .

٢٢٣ - عقد البيع للدكتور سليمان مرقص . عالم الكتب القاهرة الطبعة الرابعة ١٩٨٠ م .

٢٢٤ - عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد للدكتور سليمان مرقص والدكتور محمد على إمام نهضة مصر القاهرة ١٩٥٢ - ١٩٥٣ م .

٢٢٥ - العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٧٩ م .

٢٢٦ - العقود المسماة للدكتور محمود جمال زكى ، مطابع دار الكتب العربى بمصر .

٢٢٧ - قانون الوقف والوصية والميراث بالمذكرات التفسيرية والتقارير البرلمانية ط أولى دار الفكر الحديث القاهرة ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م .

٢٢٨ - القانون والمعاملات للدكتور مصطفى محمد الجمال . ، والدكتور عبد الحميد محمد الجمال ، الدار الجامعية ١٩٨٧ م .

٢٢٩ - كود قانون التجارة البحرى أكتوبر ١٩٩٠ م .

٢٣٠ - كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ م ، دار الطباعة الحديثة القاهرة .

٢٣١ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى مطبعة دار الكتاب العربى القاهرة .

٢٣٢ - المدخل لدراسة القانون للدكتور نزيه محمد الصادق . دار النهضة العربية ١٩٨٩ م ١٩٩٠ م .

٢٣٣ - مذكرات في نظرية الالتزام للدكتور أحمد سلامة ، مكتبة عين شمس القاهرة ١٩٨١ م .

٢٣٤ - المذكرة التوضيحية للقانون المدنى الأردنى ، الطبعة الثانية ١٩٨٥ م مطبعة التوفيق عمان - الأردن .

٢٣٥ - الملكية الخاصة فى القانون المصرى للدكتور أحمد سلامة ط أولى دار النهضة العربية ١٩٦٨ م .

٢٣٦ - النظرية العامة للتأمين العينى للدكتور شفيق شحاته ط ثانية ، المطبعة العالمية القاهرة سنة ١٩٥٣ م .

٢٣٧ - الوجيز فى القانون البحرى الجزء الأول للدكتور هانى دويدار الإسكندرية مكتبة ومطبعة الإشعاع سنة ١٩٩٣ م .

٢٣٨ - الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور عبد الرازق أحمد السنهورى : العقود الواردة على الانتفاع بالشىء الإيجار والعارية ، دار إحياء التراث العربى- بيروت لبنان ١٩٦٣ م .

٢٣٩ - العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، الإيجار والعارية المجلد الأول الطبعة الثانية دار النهضة القاهرة ١٩٨٧ م . تحقيق المستشار مصطفى محمد الفقى .

٢٤٠ - العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة تحقيق المستشار مصطفى محمد الفقى الطبعة الثانية دار النهضة ١٩٨٩ م .

٢٤١ - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال تحقيق المستشار مصطفى محمد الفقى ، الطبعة الثانية دار النهضة ١٩٩١ م .

رابع عشر: كتب التاريخ والسير والتراجم:

٢٤٢ - الأعلام لخير الدين الزركلى ط السابعة دار العلم للملايين بيروت ١٩٨٦ م .

٢٤٣ - تاريخ بغداد لأبى بكر أحمد بن على الخطيب البغدادى (ت ٤٦٣هـ) دار الكتب العلمية بيروت .

٢٤٤ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضى عياض أبى الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبى السنتى المتوفى سنة ٥٤٤ هـ تحقيق الدكتور أحمد بكير محمود دار الحياة - بيروت .

٢٤٥ - تقريب التهذيب لأحمد بن حجر العسقلانى (٧٧٣ هـ - ٨٥٢هـ) تحقيق عبد الوهاب بن عبد اللطيف دار المعرفة بيروت لبنان .

٢٤٦ - سير أعلام النبلاء للإمام شمس الدين محمد بن أبى أحمد عثمان

الذهبى المتوفى ٧٤٨هـ ط السابعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

٢٤٧ - شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى ط ثانية دار المسيرة بيروت سنة ١٩٧٩ م .

٢٤٨ - طبقات الفقهاء لأبى إسحاق الشيرازى الشافعى (ت ٤٧٦ هـ) تحقيق الدكتور إحسان عباس ط ثانية بيروت ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

٢٤٩ - العبر فى خبر من غبر للذهبى ، تحقيق أبو هاجر محمد السعيد بن بسيونى زغلول ط . دار الكتب العلمية بيروت .

٢٥٠ - الفهرست لابن النديم محمد بن إسحاق ، المعروف بابن النديم ط بيروت لبنان .

٢٥١ - مسالك الممالك : للأصطخرى : ابن إسحاق إبراهيم بن محمد الكرخى ، تحقيق د . محمد جابر عبد العال الحسينى ط وزارة الثقافة والإرشاد القومى سنة ١٩٦١ م .

٢٥٢ - وفيات الأعيان لابن خلكان : أبى العباس شمس الدين أحمد بن محمد تحقيق : د . إحسان عباس ط . دار صادر بيروت .

خامس عشر: المعاجم وكتب اللغة:

٢٥٣ - أساس البلاغة لأبى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى ، ط ثالثة الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٨٥ م .

٢٥٤ - أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوى - تحقيق الدكتور أحمد عبد الرازق الكبيسى ط ثانية دار العرفاء السعودية ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

٢٥٥ - التعريفات للسيد الشريف على بن محمد بن على أبى الحسن الجرجانى الحنفى المتوفى سنة ٨٥٦ هـ مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٢٥٦ - القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى المتوفى ٨١٧ هـ الطبعة الثالثة مؤسسة الرسالة ١٤٧ هـ - ١٩٨٧ م .

٢٥٧ - لسان العرب : لابن منظور المصرى ط دار المعارف .

٢٥٨ - مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى الطبعة الأولى الأميرية القاهرة ١٣٢٣ هـ - ١٩٠٥ م .

٢٥٩ - المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف أحمد بن محمد على المقرى الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ، تحقيق عبد العظيم الشناوى ط دار المعارف ١٩٧٧ م .

٢٦٠ - معجم البلدان لياقوت الحموى دار صادر بيروت ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.

٢٦١ - معجم فقه السلف للأستاذ محمد المنتصر الكتانى مطابع الصفا مكة المكرمة ١٤٠٥ هـ .

٢٦٢ - المعجم الكبير ط مجمع اللغة العربية .

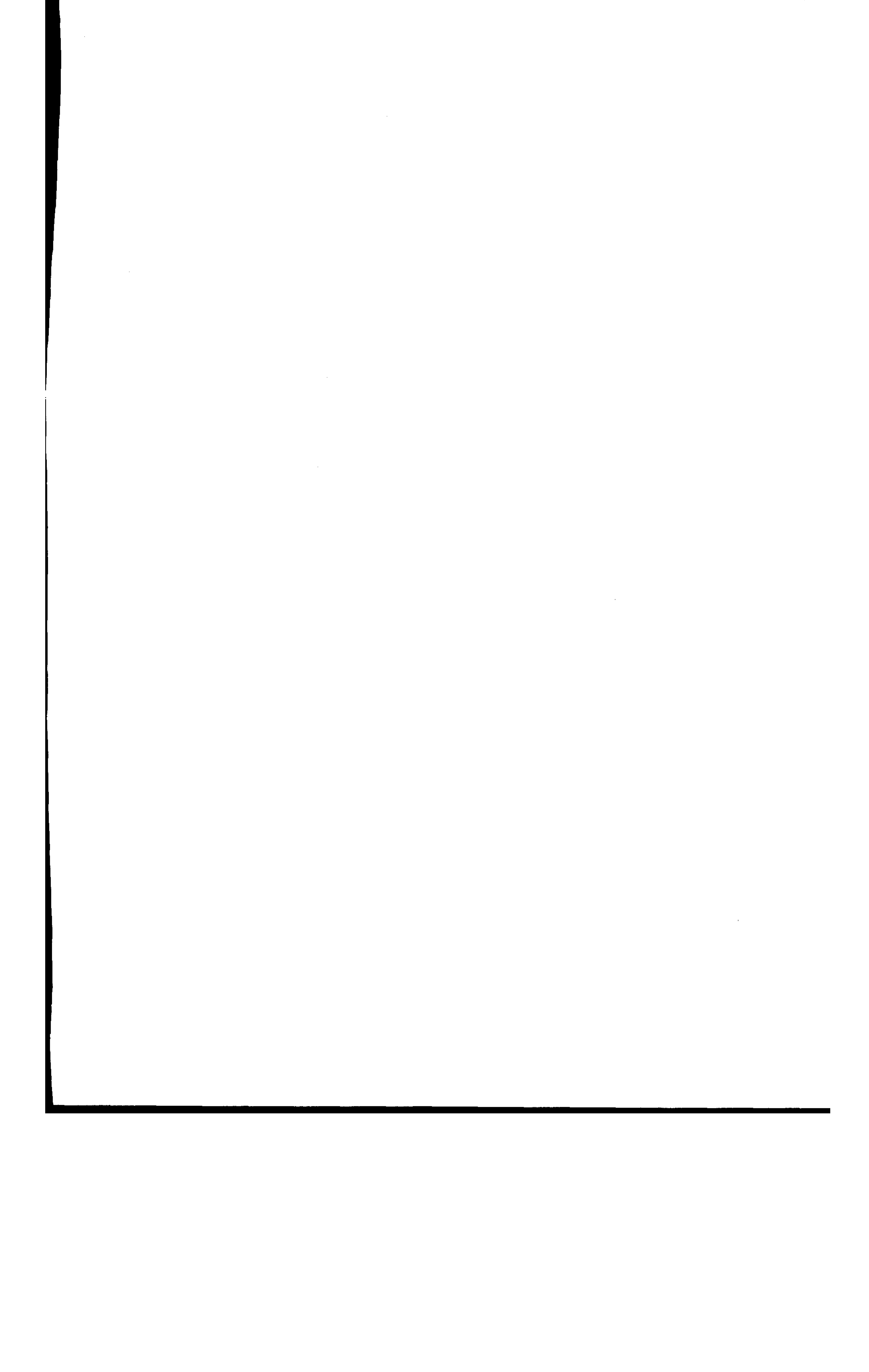
٢٦٣ - معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد رواس قلعجى ، والدكتور حامد صادق قتيبى ، كشاف إنجليزى عربى بالمصطلحات الواردة فى المعجم . ط أولى دار النفائس بيروت - لبنان ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٢٦٤ - المعجم الوسيط ط . مجمع اللغة العربية .

٢٦٥ - النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للعلامة محمد بن أحمد الركبى دار الفكر بهامش كتاب المهذب .

٢٦٦ - مسألة الرق فى أفريقيا ، بحوث ودراسات د . نافع محمد الحسن مطبعة المنظمة المغربية للتربية والثقافة والعلوم تونس ١٩٨٩ م ، وقائع ندوة أقامتها المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم . (سقط من ترتيب المراجع) .

فهرس الآيات



الأحاديث والآثار

فهرس موضوعات الجزء الثانى

الموضوع	الصفحة